Erfinderschutz vor der Patenterteilung

nach schweizerischem Recht

Dissertation

der juristischen Fakultät der Universität Bern zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

Vorgelegt von

Erich Eichenberger

Beinwil a. See

Buchdruckerei Eugen Keller, Aarau 1943

Erfinderschutz vor der Patenterteilung

nach schweizerischem Recht

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547621_0013

Erfinderschutz vor der Patenterteilung

nach schweizerischem Recht

Dissertation

der juristischen Fakultät der Universität Bern zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

Vorgelegt von

Erich Eichenberger

Beinwil a. See

Buchdruckerei Eugen Keller, Aarau 1943

Die Fakultät hat diese Arbeit am 20. Mai 1943 auf Antrag von Prof. Dr. Hans Fehr als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literatur VIII
Abkürzungen XV
Einleitung 1

I. ALLGEMEINER TEIL.

Der Erfinder und seine Rechte vor der Patenterteilung.

1. Kapitel: Der Erfinder 5

§ 1 Erfinder und Erfindungsbegriff 5
§ 2 Die Wesensmerkmale der Erfindung . . . 7
§ 3 Die patentfähige Erfindung 13

2. Kapitel: Das Erfinderrecht 18

§ 4 Terminologie und Begriff 18
§ 5 Der Zweck des Patentgesetzes als Ursache der gegensätzlichen Meinungen über die Existenz eines Erfinderrechts 19
§ 6 Die ein Erfinderrecht verneinenden Theorien . . 20
§ 7 Die Erfinderrechtstheorien 22
§ 8 Das Patentgesetz als Grundlage für Existenz und Inhalt des Erfinderrechts 26
§ 9 Der Inhalt des Erfinderrechts 31
§ 10 Die rechtliche Natur des Erfinderrechts . . 34

3. Kapitel: Das Persönlichkeitsrecht des Erfinders . . 40

§ 11 Die gesetzliche Grundlage des Erfinderpersönlichkeitsrechtes 40
§ 12 Inhalt und Umfang des Erfinderpersönlichkeitsrechtes 41
I. Die Geheimsphäre 41
II. Die Erfinderehre 45

II. BESONDERER TEIL.

Der Schutz des Erfinders gegen Verletzer seiner Rechte.

Seite

§ 13 Vorbemerkung 48

1. Kapitel: Der Schutz des Erfinders aus Erfinderrecht . 50

§ 14 Die Erfinderrechtsverletzungen und ihre Sanktionen im Allgemeinen 50

§ 15 Der Schutz des Erfinders nach erfolgter Verletzung des Erfinderrechts 51

A. Der Schutz des Erfinders aus Patentgesetz . 51

I. Die Klage auf Nichtigkeit des Patentes . 51
II. Die Klage auf Abtretung des Patentes . 57
III. Das Vorbenutzungsrecht 62

B. Der Schutz des Erfinders aus allgemeinem Zivilrecht 66

I. Seine Anwendbarkeit neben dem patentrechtlichen Schutz 66
II. Die Anwendungsfälle der gemeinrechtlichen Schutzbestimmungen 73
III. Die einzelnen Ansprüche aus dem gemeinen Zivilrecht 76
1. Ansprüche aus Vertrag 76
2. Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung 77
3. Ansprüche aus eigennütziger Geschäftsführung 82
4. Kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung 88
5. Kein Anspruch auf Herausgabe von Sachnutzungen gemäss Art. 940 Abs. 1 ZGB 91

§ 16 Der Unterlassungsanspruch bei drohender Verletzung des Erfinderrechts 93

2. *Kapitel: Der Schutz des Erfinders aus Persönlichkeits- und Wettbewerbsrecht* . . . . . Seite 97

§ 17 Die das Erfindungsgeheimnis verletzenden Handlungen 97

A. Verletzung des Erfindungsgeheimnisses als Eingriff in die Geheimsphäre des Erfinders . . 97
I. Unerlaubte Kenntnisnahme . . . 97
II. Unerlaubte Kenntnisvermittlung . . 98

B. Verletzung des Erfindungsgeheimnisses als unlauterer Wettbewerb 103
I. Verleitung von Angestellten zum Verrat . 105
II. Verwertung der widerrechtlich oder gegen Treu und Glauben erlangten Kenntnis . 105

C. Rechtmässige und unrechtmässige Benutzung einer gemeinfreien Erfindung 106

§ 18 Die Rechtsschutzmittel gegen Verletzung des Erfindungsgeheimnisses 110
I. Die Beseitigungs- und die Unterlassungsklage 110
II. Die Feststellungsklage 112
III. Die Klage auf Schadenersatz und Genugtuung 113
IV. Die vorsorglichen Massnahmen . . . 117

3. Kapitel: Der strafrechtliche Schutz des Erfinders . 119

§ 19 Der Schutz nach Art. 162 StrGB 119
§ 20 Anderweitiger strafrechtlicher Schutz . . . 123

Literaturverzeichnis.

Werke, Dissertationen, Abhandlungen.

Adler Emanuel: Das Erfinderrecht nach österreichischem und deutschem Rechte, in Zeitschr. für das gesamte Handels- und Konkursrecht, Bd. 65, S. 200 ff.

Allfeld Philipp: Kommentar zu den Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht, München 1904.

Becker Hermann: Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, I. Abt. Allgemeine Bestimmungen, Bern 1917; II. Abt. Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934.

Beuttner Karl: Die Angestelltenerfindung im schweizerischen Recht. Diss. Bern 1927.

Bircher Fredy: Die Voraussetzungen des Erfindungsschutzes, insbesondere des Schutzes der kleinen Erfindungen in Deutschland und der Schweiz, Diss. Zürich 1929.

Bolze Albert: Gibt es einen Anspruch auf Schadenersatz oder Herausgabe der gezogenen Nutzung wegen einer Patentverletzung, die weder wissentlich noch grobfahrlässig begangen ist? In Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 92, S. 319 ff.

De Boor Hans: Urheberrecht und Verlagsrecht, Stuttgart 1917.

Bracher Hans: Entstehung und Bedeutung des schweizerischen Patentwesens, Diss. rer. pol. Bern 1923.

Braun Dieter: Die zivilprozessualen Bestimmungen über den gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht, Diss. Basel 1940.

Bretscher Jakob: Der Schutz geographischer Herkunftsbezeichnungen, Diss. Zürich 1931.

Bruch Bernhard: Das Vermögensrecht des Erfinders an der unangemeldeten Erfindung und der Erfindungsbesitz; Wesen und Schutz, Diss. Münster 1932.

Buchli Jürg: Der Erfinder im Dienstverhältnis nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1929.

Bühler Walter: Die zivilrechtliche Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs in der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, Diss. Zürich 1930.

Burckhardt Walter: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927.

Damme F.: Der Schutz technischer Erfindungen als Erscheinungsform moderner Volkswirtschaft, Berlin 1910.

Damme-Lutter: Das deutsche Patentrecht. Ein Handbuch, Berlin 1925.

Derichsweiler Walram: Handbuch zum schweizerischen Patentrecht, Zürich 1929.

Dernburg-Kohler: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, VI. Bd., Halle 1910.

Dunkhase W.: Die patentfähige Erfindung und das Erfinderrecht, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1913.

Elster Alexander: Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht (Gewerblicher Rechtsschutz), 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.

Engländer Konrad: Zur Theorie des Patentrechts. In Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 2. F., Bd. 35, S. 1 ff.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Bd. 2, 11. Bearb., Marburg 1930.

Enneccerus-Nipperdy: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Einleitung, allgem. Teil, Bd. 1, 13. Bearb., Marburg 1931.

Fabian Alfred: Der Schutz des Rechtes an der Erfindung vor der Anmeldung zum Patent (nach bürgerlichem Recht), Diss. Breslau 1933.

Fehr Hans: Recht und Wirklichkeit, Potsdam und Zürich 1928.
Das kommende Recht, Berlin und Leipzig 1933.
Die Dynamik des Gesetzes, in Z. f. S. R., N. F. Bd. 59, Heft 1.
Das dynamische Element im künftigen schweiz. Handelsrecht, in Festschrift zum 70. Geburtstag von Oskar Wieland „Beiträge zum Handelsrecht", Basel 1934.
Die Fortschritte des dynamischen Rechtes, in Festschrift für Heinrich Lehmann zum 60. Geburtstag, Berlin 1937.

Feller Bruno: Die Rechte an der Erfindung, Diss. München 1938.

Fenkart Josef: Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1925.

Gaß Rudolf: Die Nichtigkeit des Patentes nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1935.

Germann Oskar: Vorarbeiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung (Gutachten), Basel 1927.

v. Gierke Otto: Deutsches Privatrecht, 1. Bd., Allgem. Teil und Personenrecht, Leipzig 1895.

Giesker Hans: Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre, Zürich 1905.

Graf und Besso: Erfindungen und Erfindungsschutz, in S. J. Z. Jahrg. 29, S. 289 ff.

Grimmlinger Erna: Die Reklame als Mittel des unlauteren Wettbewerbs und ihre zivilrechtliche Bekämpfung, Diss. Zürich 1938.

Gülland-Queck : Die gesetzgeberische Reform der gewerblichen Schutzrechte, Berlin und Leipzig 1919.

Guhl Theo: Das schweizerische Obligationenrecht, 1. Halbband, 2. Aufl., Zürich 1936.

Guyer Ernst: Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz betr. die Erfindungspatente, Zürich 1909.

Häberlein Georg: Der Anspruch auf ein Patent und das Recht an der Erfindung, Berlin 1913.

Hafter Ernst: Strafrechtlicher Patentschutz gegenüber Aktiengesellschaften, Gutachten, Zürich 1919.
Wirtschaftsspionnage und Wirtschaftsverrat, in Festgabe für Fleiner, S. 203 ff.
Schweizerisches Strafrecht, besonderer Teil, 1. Hälfte, Berlin 1937.

Haustein Günter: Die Rechtsstellung des Erfinders nach altem und neuem Patentrecht, Diss. Halle-Wittenberg 1938.

Herold Christian: Zivil- und strafrechtlicher Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen nach schweizerischem Recht unter Berücksichtigung der Gesetzgebung und Rechtssprechung des Auslandes, Diss. Bern 1935.

Hesse Alfred: Das Erfinderrecht, Diss. Leipzig 1911.

Hirsch Ernst : Das Recht aus der Erfindung, Berlin 1933.

Homberger A.: Kommentar zum Sachenrecht, dritte Abt., Besitz und Grundbuch, Zürich 1938.

Ihering Rudolf: Geist des römischen Rechts, dritter Teil, erste Abt., Leipzig 1877.

Isay Hermann: Patentgesetz und Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern, Kommentar, 5. Aufl., Berlin 1931.

Julliard Gustave: De quelques principes nouveaux de la Législation Allemande en matière de Brevets d'Invention et de leur application éventuelle à la Législation Suisse, Thèse Genève 1939.

Keller Gottfried: Die neue Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau, Aarau 1913.

Kent Paul: Das Patentgesetz vom 7. April 1891, Kommentar, Berlin 1906/7.

Kisch Wilhelm: Handbuch des deutschen Patentrechts, Mannheim-Berlin-Leipzig 1923.
Bereicherungsanspruch bei gutgläubiger Patentverletzung, in Abhandlungen zum Arbeitsgebiet des Reichspatentamtes, Berlin 1927.

Klauer-Möhring: Patentgesetz vom 5. Mai 1936, Berlin 1937.

Kohler Josef: Deutsches Patentrecht, 1878.
Handbuch des deutschen Patentrechts, Mannheim 1900.

Marwitz-Möhring: Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst, 1929.

Matter Erwin: Kommentar zum Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen, Zürich 1939.

Matti Hans: Zivilprozeßrecht, in „Die Handelshochschule", Zürich 1938.

Mediger Harald: Die neue Erfindung, in GRUR Bd. 46, S. 390 ff.

Meili Friedrich: Die Prinzipien des schweizerischen Patentgesetzes, Zürich 1890.

Melliger Alphons: Das Verhältnis des Urheberrechts zu den Persönlichkeitsrechten, Diss. Bern 1929.

Michaelis Robert: Persönlichkeitsrechtliche Befugnisse im deutschen Urheberrecht und droit moral des französischen Rechts, Diss. Leipzig 1926.

Moser Rudolf: Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinns (insbesondere unter dem Gesichtspunkt der eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 423 OR), Diss. Zürich 1940.

Naef Karl: Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1919.

Orth Siegfried: Die Bereicherung im Patentrecht, Diss. München 1928.

Oser Hugo: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5, Zürich 1915.
Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl., 1. Halbband, Zürich 1929.

Oser-Schönenberger: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5, 2. Halbband, Zürich 1936.

Osterrieth Albert: Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, Leipzig 1908.

Pfister Rudolf: Untersuchungen über das Verhältnis der Grundsätze über den unlauteren Wettbewerb zu den Bestimmungen der gewerblichen Spezialgesetze, Bern 1936.

Pietzker Eduard: Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, Kommentar, Berlin und Leipzig 1929.

Reichel Hans: Geschäftsführung ohne Auftrag und Vertretung ohne Vertretungsmacht, in S. J. Z. 1929/30, Bd. 26, S. 198 ff.

Reichsgerichts-Räte: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin und Leipzig 1928.

Ringier Walter: Der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse. Diss. Bern 1922/23.

Schanze Oskar: Die materielle Patentfähigkeit nach dem neuen schweizerischen Patentgesetze, in S. J. Z. Jahrg. 4, S. 17 ff. und S. 36 ff.

Schenkel Walter: Der Begriff der Erfindung nach schweizerischem Patentrecht, Promotionsarbeit techn. Wissenschaften E. T. H. 1939.

Schindler Dietrich: Ueber das Erfinderrecht der Arbeiter, Angestellten, Beamten und Gesellschafter nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1895.

Schönberg Gustav: Der patentrechtliche Begriff der Neuheit und der Aequivalenz nach der neuesten Rechtssprechung des Bundesgerichts, in S. J. Z. Jahrg. 29, S. 225 ff.
Das Recht der Vorbenutzung an patentierten Erfindungen, Habilitationsschrift Basel 1927.

Schulz Fritz: System der Rechte auf den Eingriffserwerb, in Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 105.

Seckel E.: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, in Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch, Berlin 1903.

Seligsohn Julius L.: Geheimnis und Erfindungsbesitz, Berlin und Leipzig 1921.

Simon Alfred: Der Patentschutz mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung, Diss. Bern 1891.

Sommer Friedrich: Erfindung und Erfindungsschutz nach schweizerischem Patentrecht, Bern 1916.

Specker Karl: Die Persönlichkeitsrechte, mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 1910.

Suter Richard: Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (nach schweizerischem Obligationenrecht), Diss. Bern 1933.

Thormann-Overbeck: Das schweizerische Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Bd., Zürich 1941.

v. Tuhr Andreas: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Leipzig und München 1910.
Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbband, Tübingen 1924.

Vorlage des Vorortes an die Sektionen des schweizerischen Handels- und Industrievereins vom Juli 1901: Zur Frage der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs.

Weidlich und Blum: Das schweizerische Patentrecht, Kommentar, Bern 1934.

Weiß Theodor: Die Concurrence Déloyale, Basel 1894.

Wenk Gerhard: Das Persönlichkeitsrecht des Erfinders, Diss. Erlangen 1938.

Wieland Alfred: Unerfreuliches und Unpraktisches aus dem schweizerischen Warenzeichenrecht, in S. J. Z. Jahrg. 23, S. 211 ff.

Wolf Elias: Von der Haftung des Schuldners für den Schaden eines Dritten. Ein Beitrag zur Lehre vom Schutz der subjektiven Rechte, in Z. f. S. R. Bd. 46, S. 283 ff.
Interessenschutz und allgemeine Rechtssätze, in Z. f. S. R. Bd. 51, S. 51 ff.

Wüger August: Schweizerisches Patentrecht, 2. Aufl., Bern 1938.

Zeitschriften.

Archiv für die Civilistische Praxis.
Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen, herausgegeben vom Reichspatentamt, Berlin = Bl. P. M. Z.
Blätter für zürcherische Rechtssprechung = Bl. f. Z. R.
Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift des deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums = GRUR.
Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Oesterreichisches Patentblatt.
Schweizerische Juristenzeitung = S. J. Z.
Semaine judiciaire = Sem. jud.
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins = Z. b. J. V.
Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.
Zeitschrift für schweizerisches Recht = Z. f. S. R.
Zeitschrift für Strafrecht.

Abkürzungen.

a.OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.
A.S.	Amtliche Sammlung.
B.Bl.	Bundesblatt.
BG	Bundesgesetz.
BGB	Deutsches bürgerliches Gesetzbuch.
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung.
B.R.	Bundesrat.
B.R.B.	Bundesratsbeschluß.
E.	Entwurf.
MMG	Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900.
MSG	Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. Sept. 1890.
N	Note, Anmerkung.
n.F.	Neue Folge.
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betr. die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht).
PG	Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 21. Juni 1907.
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.
Sten.Bull.	Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung.
St.R.	Ständerat.
StrGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dez. 1937.

URG	Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dez. 1922.
UWG	Deutsches Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909.
VDG	Bundesgesetz über die eidgen. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1907.

Betr. Abkürzungen von Zeitschriften vgl. Verzeichnis S. XIV.

Einleitung.

Der Stand von Kultur und Zivilisation der Völker ist seit jeher in hohem Maße durch Erfindungen mitbestimmt worden. Wir brauchen uns nur an die Erfindung der Buchdruckerkunst, der Dampfmaschine und an die mit der Nutzbarmachung der Elektrizität verbundenen Erfindungen zu erinnern, um die gewaltige Bedeutung des Erfindungswesens für unser geistiges Leben und unsere technisch-kulturellen Einrichtungen zu erkennen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß sich die Gesetzgeber aller Kulturstaaten des Erfinders angenommen haben und der Erfindung als dem Produkt seines schöpferischen Geistes gesetzlichen Schutz gegen unbefugte gewerbliche Ausbeutung verleihen, in der Absicht, durch die in diesem Schutz liegende Gewährleistung materieller Vorteile den Anreiz zu weiteren Erfindungen zu geben. Zu diesem Zwecke wurde in der Schweiz im Jahre 1888 das erste schweizerische Patentgesetz geschaffen, welches ca. 2 Jahrzehnte später durch das heute geltende Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 21. Juni 1907 [1]) abgelöst wurde. Gemäß Art. 7 dieses Gesetzes hat das Patent die Wirkung, daß der Patentinhaber ausschließlich berechtigt ist, die Erfindung gewerbsmäßig auszuführen und, falls sie ein Erzeugnis betrifft, dasselbe zu verkaufen, feilzuhalten, in Verkehr zu bringen oder gewerbsmäßig zu gebrauchen. Wer eine dieser Handlungen unberechtigterweise vornimmt, macht sich der Patentverletzung schuldig und kann deswegen gemäß Art. 38 ff. des Gesetzes zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Voraussetzung für das Eintreten jener *Wirkung* des Patentes und der entsprechenden Sanktionen bei dessen *Verletzung* ist die *Erteilung* des Patentes, d. h. die Eintragung in das schweiz. Patentregister. Denn das Patent kann vor der Erteilung logischerweise weder Wirkungen äußern noch verletzt werden. Erst durch den konstitutiven Rechtsakt der Patenterteilung erhält eine Erfindung den Patentschutz.

Anderer Ansicht sind diejenigen Autoren, die mit der Klage wegen Patentverletzung auch im Zeitraum zwischen Anmeldung

[1]) In der Folge als Patentgesetz (PG) bezeichnet.

und Erteilung vorgenommene Verletzungshandlungen rückwirkend erfassen wollen [2]). Die Verfechter dieser Meinung stützen sich auf Art. 10 PG, indem sie behaupten, daß in diesem Artikel deutlich zum Ausdruck komme, daß die Patentdauer nicht erst am Tage der Erteilung, sondern schon am Tage der Anmeldung des Patentes beginne und demzufolge auch der Patentschutz mit dem Anmeldedatum einsetze. Da nun aber, was niemand bestreitet, das Patentrecht nicht mit der Anmeldung, sondern mit der Erteilung des Patentes entsteht, so kann vernünftigerweise der Anfangstermin des Patentes nicht auf einen der Erteilung vorgängigen Zeitpunkt vorverlegt werden. Es ist falsch, aus Art. 10, Satz 1, der bestimmt, daß „die längste Dauer der Hauptpatente vom Tage der Patentanmeldung hinweg fünfzehn Jahre" betrage, den Schluß zu ziehen, die Patentdauer nehme mit der Anmeldung ihren Anfang. Der Gesetzgeber wollte mit diesem etwas unglücklich redigierten Satze lediglich sagen, daß jedes Hauptpatent spätestens fünfzehn Jahre nach der Anmeldung erlösche. Nur in dem theoretischen Falle — und von diesem ging der Gesetzgeber aus —, wo Anmeldung und Erteilung des Patentes zusammenfallen, „dauert das Patent vom Tage der Patentanmeldung hinweg" und nur unter diesen Umständen ist auch die maximale Dauer des Patentes von fünfzehn Jahren möglich [3]). Da jedoch praktisch zwischen Patentanmeldung und Erteilung immer eine gewisse Zeit verstreicht, normalerweise ca. ein Jahr, zuweilen mehrere Jahre, so beträgt die tatsächliche Dauer des Patentes und damit des Patentschutzes durchwegs weniger als fünfzehn Jahre. Der Gesetzgeber hat jedoch dem Anmelder in Art. 29, Abs. 2 PG ein Mittel in die Hand gegeben, diese unter Umständen sehr nachteilige Verkürzung der Schutzdauer zu beseitigen. Danach kann er nämlich bis zur Eintragung des Patentes das ursprüngliche Anmeldedatum durch ein beliebiges späteres Datum ersetzen lassen, das nur nicht dem Tage des Verschiebungsantrages nachgehen darf.

Als ein weiteres Argument, aus dem man schließen zu können glaubt, daß der Gesetzgeber den Patentschutz mit dem Anmeldedatum habe beginnen lassen wollen, führt man den Umstand an, daß er den Zeitpunkt der Fälligkeit der ersten Jahresgebühr auf

---

[2]) So Guyer zu Art. 7, Anm. 1 und zu Art. 38, Anm. 1 b und zwei Aufsätze von Sahli, „Aus dem Patentrecht" in der „Neuen Zürcher Zeitung" Nr. 779 und 830 vom Mai 1934.

[3]) Vgl. Frick „Zwischenbenutzung nach schweiz. Patentgesetz" in SJZ Bd. 20, S. 78 ff. und S. 253 ff.

den Tag der Anmeldung festgesetzt habe; denn es wäre ungerecht, für die zwischen Anmeldung und Erteilung liegende Zeitspanne die Patentgebühr abzuverlangen, ohne dafür die normalerweise durch Entrichtung der Jahresgebühr in Kraft erwachsenden gesetzlichen Wirkungen des Patentes eintreten zu lassen. Daß hierin eine gewisse Unbilligkeit liegt, ist zuzugeben. Diese Tatsache rechtfertigt jedoch den aus ihr gezogenen Schluß nicht. Uebrigens fehlt nicht jede Gegenleistung des Staates. Die Patentanmeldung begründet die Priorität, d. h. derjenige, der dieselbe Erfindung in einem späteren Zeitpunkte zur Anmeldung bringt, kann kein gültiges Patent erlangen, weil der Zeitpunkt der Anmeldung für die Beurteilung der Neuheit maßgebend ist. Das ist die einzige Wirkung, welche die Anmeldung hat; der Schutz der Art. 38 ff. PG beschränkt sich auf den Patent*inhaber*. Auf diesem Standpunkt steht auch das Bundesgericht (59 I 99): „Die Patentverletzung setzt ein erteiltes Patent voraus; denn die Patenterteilung ist ein rechtsgestaltender Akt der Staatsgewalt, der als solcher erst das Patentrecht zur Entstehung bringt. Die bloße Anmeldung der Patentierung sichert also der Erfindung noch keinen Schutz, es sei denn, daß das Gesetz dies besonders vorsehe, was jedoch im schweizerischen Recht nicht der Fall ist. Das frühere Patentgesetz kannte wohl ein provisorisches, übrigens auch nicht mit der Anmeldung ohne weiteres verbundenes, sondern besonders zu erteilendes Patent; aber sogar diesem sprach es den Schutz gegen Nachahmung oder Benützung der Erfindung ab (Art. 16, Abs. 2 Pat. Ges. in der Fassung von 1893). Das gegenwärtige Gesetz hat dieses provisorische Patent überhaupt nicht mehr aufgenommen. Im Unterschied zu ihm läßt z. B. das deutsche Patentgesetz den vorläufigen Schutz mit der Anmeldung beginnen, macht aber immerhin die Veröffentlichung der Anmeldung zur Bedingung desselben (§ 23 des deutschen Pat. Ges.[4]); Kisch, Handbuch des deutschen Patentrechts S. 138, Ziff. 3). Daß vor der Erteilung eines Patentes eine Verletzung desselben nicht möglich ist, hat der Kassationshof bereits unter der Herrschaft des früheren Patentgesetzes ausgesprochen. (Vgl. BGE 31 I 702 ff.)“.

In Anbetracht der Tatsache, daß nach schweiz. Recht nicht bloß die noch nicht angemeldete, sondern auch die angemeldete Erfindung jeglichen Patentschutzes entbehrt, gewinnt die Frage, die

[4]) Analog § 30 Ziff. 1 des neuen deutschen Gesetzes vom 5. Mai 1936.

wir uns stellen, eine umso größere Bedeutung: Ist die Erfindung, die noch nicht den Patentschutz genießt, Gemeingut, kann also jeder mit ihr machen, was ihm beliebt, sie für sich patentieren lassen, sie veröffentlichen, sie ausnützen, verkaufen etc., oder steht dem Erfinder ein Recht zu, solche Handlungen zu verbieten und gegebenenfalls, welche Ansprüche stehen ihm zu Gebote? Die Fragestellung bestimmt den Aufbau unserer Arbeit. Im ersten, allgemeinen Teil sind die Rechtsgrundlagen des Schutzes zu untersuchen, und ein zweiter, besonderer Teil befaßt sich mit diesem Schutze selbst. Es wird sich zeigen, daß dem Erfinder vielseitige und wirksame Schutzmittel zur Verfügung stehen. Ein vollkommener Schutz verleiht ihm jedoch nur das Patent. Der Erfinder tut gut, sofern nicht schwerwiegende Gründe für eine Geheimhaltung sprechen, seiner Geistesschöpfung so bald wie möglich den Patentschutz zu verschaffen.

I. ALLGEMEINER TEIL.

Der Erfinder und seine Rechte vor der Patenterteilung.

1. Kapitel:

Der Erfinder.

§ 1. Erfinder und Erfindungsbegriff.

Im schweizerischen Patentgesetz existiert der Ausdruck „Erfinder" nicht. An den einzigen beiden Stellen des Gesetzes, wo es auf die Person des Erfinders Bezug nimmt (Art. 16, Abs. 2 und Art. 20), spricht es vom „Urheber der Erfindung". Das alte Patentgesetz von 1888 verwendete beide Bezeichnungen nebeneinander. Wie man die Tatsache, daß jemand der Schöpfer einer Erfindung ist, sprachlich zum Ausdruck bringt, ist bedeutungslos. Grundlage des Erfinderrechts wie des Patentrechts ist das vom Erfinder Geschaffene, die Erfindung. Erfinder ist der geistige Autor der Erfindung.

Der schweizerische Gesetzgeber hat absichtlich eine Definition des Erfindungsbegriffes unterlassen. Die Botschaft des Bundesrates zum PG von 1888 begründet das Fehlen einer Legaldefinition einerseits mit dem Umstand, daß in den fremden Gesetzen das Wort „Erfindung" auch nicht erklärt sei und anderseits mit dem Hinweis darauf, daß dessen Bedeutung klar aus der Rechtswissenschaft hervorgehe [1]). Da es zu jener Zeit noch kein schweizerisches patentrechtliches Schrifttum gab, so ist zu vermuten, daß sich die bundesrätliche Aeußerung speziell auf die deutsche Wissenschaft bezog und hier wiederum namentlich die schon damals stark verbreitete Lehre von Josef Kohler im Auge hatte [2]).

[1]) B.Bl. 1888 I S. 248.

[2]) Kohlers „Patentrecht" aus dem Jahre 1878 definierte die Erfindung wie folgt (S. 32): Erfindung ist eine auf einer neuen Kombination von Naturkräften beruhende eigenartige Schöpfung des Menschengeistes zur Erreichung eines bestimmten Resultats.

Mannigfaltig sind die Versuche in der patentrechtlichen Doktrin gewesen, eine Definition für den Erfindungsbegriff zu geben. Da eine Begriffsbestimmung je nach dem Ausgangspunkt und der dadurch bedingten Betrachtungsweise ganz verschieden ausfallen muß, wäre es unmöglich, etwa die eine als richtig und die andere als falsch zu bezeichnen. Von dem einen wird die Erfindung subjektiv aufgefaßt, unter dem Gesichtspunkt eines psychologischen Erlebnisses. So hat sie z. B. Isay als „das Ergebnis eines geistigen Erlebnisvorganges, eines Denkaktes, . . . die Vorstellung einer Regel menschlichen Handelns" definiert[3]). Andere haben das Wesen der Erfindung nach der rein objektiven Bedeutung oder Wirkung hin gewürdigt. Der wohl bedeutendste Patentrechtstheoretiker, Josef Kohler, hat sich in seinem Hauptwerk z. B. folgendermaßen geäußert: „Erfindung im objektiven Sinne ist eine zum technischen Ausdruck gebrachte Ideenschöpfung des Menschengeistes, die der Natur eine neue Seite abgewinnt und hiedurch mit Erfolg darauf abzielt, durch Benutzung von Naturkräften menschliche Postulate zu erfüllen"[4]).

Der Grund, warum in allen Patentgesetzen von einer Definition der Erfindung abgesehen wurde, ist nicht etwa darin zu erblicken, daß man eine Begriffsbestimmung für unmöglich gehalten hätte. Dieser vielfach gezogene Schluß ist falsch. Richtig bemerkt Pietzker[5]), daß, wenn man wisse, was eine Erfindung sei, man auch die entscheidenden Merkmale in einem Satze zusammenfassen und damit eine Begriffsbestimmung geben könne. Ob aber eine solche in allen Einzelfällen eine Entscheidung darüber erlaube, ob eine Erfindung vorliege, ist eine andere Frage. Die Merkmale, die den Erfindungsbegriff gestalten, sind relativ. Die Entscheidung darüber, ob eine Neuerung eine Erfindung sei, hängt von der richterlichen Wertung ab. Die ständige Weiterentwicklung und Vielfältigkeit der Technik führt überdies zwangsläufig zu ständigen Verschiebungen der Auffassungen und Betrachtungsweisen, sodaß eine für alle Zeiten und sämtliche Fachgebiete gültige Qualifikation der Erfindung zum vorneherein unmöglich erscheint. Eine Legaldefinition könnte demnach nicht nur nichts nützen, sondern unter Umständen sogar schaden, indem sie einer den wechselnden Bedürfnissen angepaßten Entwicklung im Wege stehen

[3]) Isay, S. 42.
[4]) Kohler, Handbuch, S. 83.
[5]) Pietzker, S. 20.

würde. Gerade bei der Würdigung der Erfindungen sind starre Beweisregeln und Schemata noch weniger als irgendwo sonst berechtigt und die freie, in ihren Wertungen bewegliche Rechtsprechung, wie sie die bestehenden Patentgesetze ermöglichen, ist zu begrüßen.

Damit, daß die Würdigung der Erfindung in das persönliche, durch eigenes Fachwissen oder durch Sachverständigenberatung unterstützte Ermessen des Richters gestellt wird, erhält die Rechtsprechung notwendig eine subjektive Färbung, indem der eine Richter etwas noch als Erfindung anerkennt, was ein anderer auf Grund seiner etwas abweichenden Einstellung heraus nicht mehr als Erfindung betrachten kann. Es handelt sich hierbei um eine Erscheinung, die nicht nur hier, sondern überall auftritt, wo eine Qualifikation in das Ermessen des Richters gestellt wird, es sei nur an Begriffe wie Treu und Glauben, gute Sitten, Fahrlässigkeit etc. erinnert.

§ 2. Die Wesensmerkmale der Erfindung.

Der Erfindungsbegriff kann in dem Sinne als universell bezeichnet werden, als er die Grundlage jeder Patentgesetzgebung bildet. Sein Inhalt bestimmt sich nach der jeweiligen Rechtsordnung, sodaß es ebensoviele Rechtsbegriffe der Erfindung geben kann, als Patentgesetze bestehen. Bei der Lösung der Frage, ob im konkreten Falle eine Erfindung vorliege, ist auf Sinn und Zweck der anzuwendenden Rechtsordnung abzustellen[1]). Der schweizerische Erfindungsbegriff ist bei dem bis in neuerer Zeit[2]) fast vollkommenen Mangel an wissenschaftlichen Arbeiten sozusagen ausschließlich aus der Rechtssprechung hervorgegangen, wobei natürlich in erster Linie unsere höchste Instanz in Patentstreitigkeiten, das Bundesgericht, maßgebend ist.

Es kann nicht unsere Aufgabe sein, im Rahmen dieser Arbeit einen Katalog aller Merkmale aufzustellen, die für die Beurteilung der Erfindung nach schweiz. Recht in Betracht fallen. Trotz der

---

[1]) Vgl. Gaß, S. 41.

[2]) Es sei hier insbesondere auf die Arbeit von Schenkel hingewiesen. Auch der Kommentar Weidlich und Blum (S. 59—95) und die diesbezügl. Ausführungen bei Gaß (S. 46—56) vermögen ein ziemlich abgerundetes Bild von den Erfordernissen, die bei uns an die Erfindung gestellt werden müssen, zu vermitteln. An älterer Literatur ist die Arbeit von Sommer zu erwähnen.

ansehnlichen Spruchpraxis des Bundesgerichts [3]) könnte auf weitgehende Heranziehung der ausländischen Literatur, insbesondere natürlich der deutschen, nicht verzichtet werden. Wir beschränken uns auf die Darlegung der Hauptmerkmale und werden nur da etwas ausführlicher, wo heute noch bestehende Unklarheiten es nötig machen.

Nach der vom Bundesgericht seit Jahrzehnten geübten Rechtsprechung liegt eine Erfindung dann vor, wenn auf Grund einer eigenartigen, „schöpferischen" Idee ein technischer Nutzeffekt und damit ein technischer Fortschritt erzielt wird [4]).

a) Die schöpferische Idee.

Objekt der Patentierung ist nicht die schaffende Tätigkeit des Erfinders, auch nicht das vielfach im alltäglichen Sprachgebrauch als Erfindung bezeichnete konkrete Erzeugnis oder Verfahren, sondern der abstrakte Erfindungsgedanke, welcher genetisch in die Mitte gehört. Einerseits ist er, als das „Erfundene", das Produkt der schöpferischen Tätigkeit, des Erfindens und anderseits ist er die Grundlage, die abstrakte Regel für seine konkreten Ausdrucksformen. Der Umstand, wie der Erfinder auf den Erfindungsgedanken gekommen ist, ob durch kleinern oder größern Aufwand an geistiger Arbeit, ist irrelevant. Notwendig ist jedoch, daß er den Zusammenhang zwischen Ursache und Erfolg erkannt hat. Wissenschaftliche Einsicht ist nicht nötig; tatsächliches Erkennen des Zusammenhangs, das ihm erlaubt, jederzeit die gewünschte Wirkung wieder hervorzurufen, genügt.

Im Merkmal des Schöpferischen, das dem Erfindungsgedanken anhaften muß, wird fast durchwegs der Unterschied zwischen der Erfindung und der Entdeckung erblickt. Diese, sagt man, schaffe nicht etwas Neues, was vordem noch nicht vorhanden gewesen sei, sondern bringe etwas bereits Existentes zur Kenntnis anderer. Erfindung wie Entdeckung bedeuten eine Bereicherung der Wirklichkeit, bei der Entdeckung erfolge die Bereicherung im Rahmen des bereits bestehenden, bei der Erfindung durch die bewußte Schaffung von etwas Neuem [5]).

Weiter sagt man, die schöpferische Tätigkeit grenze die Erfindung ab gegenüber der „bloßen Konstruktion", die nur eine im

[3]) Zusammenstellung bis Bd. 56 bei Derichsweiler, S. 10 ff.

[4]) BGE 43 II 522, 48 II 293, 49 II 145, 58 II 58, 63 II 271.

[5]) Vgl. BGE 26 II 232, 37 II 266, 43 II 523, 49 II 147.

Rahmen der normalen handwerksmäßigen Geschicklichkeit liegende Leistung darstelle [6]). Die Frage, wann eine Erfindung und wann eine Konstruktion vorliege, ist Tatfrage. Ihre Entscheidung hängt von der Wertung des Richters und der von ihm beigezogenen technischen Experten ab. Nicht jeder Konstruktion kann übrigens die schöpferische Qualität abgesprochen werden. Auch das Konstruieren, das eine besondere Art der technischen Betätigung darstellt, ist auf das Lösen eines Problems gerichtet und kann schöpferischen Gehalt aufweisen. So erklärt das Bundesgericht z. B. einmal eine Erfindung als auf einer „eigenartigen konstruktiven Idee" beruhend, die nicht das Ergebnis bloßer technischer Geschicklichkeit und Handfertigkeit sei [7]).

Interessant ist der Versuch Schenkels (S. 41 ff.), zu einem einheitlichen Gesichtspunkt für die Beurteilung des schöpferischen Gehaltes zu gelangen. Die Untersuchung der Frage, welchen Ansprüchen die Lösung eines technischen Problems gerecht werden müsse, damit angenommen werden dürfe, deren Entstehen sei auf eine schöpferische Tätigkeit zurückzuführen, läßt ihn zum Schlusse kommen, daß sie sich als eine Vorwegnahme einer erst später durch die normale Entwicklung der Technik gebrachten Lösung zu erweisen habe. Der schöpferische Gehalt wäre umso bedeutender, je größer die Zeitspanne ist, um die die zu untersuchende Lösung der normalen technischen Entwicklung vorausgeeilt ist. Schenkel verspricht sich von dieser Bewertungsweise in erster Linie eine gleichmäßigere Beurteilung durch die Sachverständigen, da nunmehr die an sie gerichtete Fragestellung des Richters nicht mehr allgemein auf das Vorliegen einer schöpferischen Idee gerichtet werden müsse, sondern in dem Sinne präzisiert werden könne, daß der Sachverständige sich darüber auszusprechen habe, wie lange es seiner Ansicht nach noch gedauert hätte, bis die normale technische Entwicklung die fragliche Lösung hervorgebracht oder doch nahegelegt hätte. Die Tatsache, daß sich auch die Entdeckung in den meisten Fällen als eine zeitliche Vorwegnahme darstellen wird, braucht seine Wertungsmethode nicht umzustoßen, sondern kann als Beweis dafür gelten, daß im Moment des Schöpferischen nicht das Unterscheidungsmerkmal zwischen Erfindung und Entdeckung gesehen werden darf [8]).

---

[6]) Vgl. BGE 43 II 523, 44 II 204.
[7]) Vgl. BGE 43 II 524.
[8]) Vgl. Schenkel, S. 51.

b) Der technische Fortschritt.

Der Erfindungsgedanke muß auf technischem Gebiete liegen; er muß eine Regel zu technischem Handeln, die „Lösung eines technischen Problems“ [9]) darstellen. Was unter dem Begriff des „Technischen“ im patentrechtlichen Sinne zu verstehen sei, sagt das Bundesgericht nicht. Wertvolle Anhaltspunkte bildet das vom Amt für geistiges Eigentum aufgestellte Patentklassenverzeichnis [10]), das eine systematische Darstellung der nach seiner Ansicht dem Patentschutz zugänglichen Gebiete ist. Verbindlich ist diese Zusammenstellung für den Richter selbstverständlich nicht.

Der Erfindungsgedanke muß eine Bereicherung der Technik darstellen, er muß gegenüber dem bisherigen Stand der Technik einen Fortschritt bedeuten. Dieser kann in den verschiedensten Formen in Erscheinung treten. Die einzelnen Fälle können in folgende drei Gruppen eingereiht werden:

1. Erzielung eines neuen Erfolges mit neuen oder bekannten Mitteln.
2. Erzielung eines bekannten Erfolges mit neuen Mitteln.
3. Erzielung eines günstigeren Verhältnisses zwischen den aufgewendeten Mitteln und dem eingetretenen Erfolg.

In der bundesgerichtlichen Rechtssprechung sind Beispiele der letzten Gruppe am zahlreichsten vertreten [11]).

c) Die an die schöpferische Idee und den technischen Fortschritt zu stellenden Anforderungen.

In der Beantwortung der Frage, welches Maß an schöpferischem Gehalt und technischem Fortschritt von einer Erfindung zu verlangen sei, herrscht in der schweizerischen Literatur und Rechtssprechung große Unklarheit. Die Uebernahme des in der deutschen Doktrin geprägten Begriffs der sog. „Erfindungshöhe“ hat nicht nur nichts zur Klärung beigetragen, sondern die Verwirrung im Gegenteil beträchtlich vergrößert. Nicht einmal über seine Bedeutung ist man sich im Klaren. Bald wird er auf die schöpferische Idee, bald auf den technischen Fortschritt, bald auf die Kombination dieser beiden Begriffelemente der Erfindung bezogen. Da-

[9]) BGE 58 II 270.
[10]) Abgedruckt bei Wüger, S. 68 ff.
[11]) Vgl. die Zitate bei Schenkel, S. 36.

bei ist nicht einzusehen, was der Gebrauch des Wortes „Erfindungshöhe" überhaupt nützen könnte. Bei der Untersuchung, ob einer technischen Neuerung Erfindungsqualität zukomme, ist diese doch für jedes einzelne Element gesondert vorzunehmen. Der Begriff „Erfindungshöhe" ist aber geeignet, die notwendige Trennung der beiden Erfindungselemente zu verwischen und Irrtümern Vorschub zu leisten. Ich kann daher Schenkel (S. 47) in seiner Forderung nur unterstützen, daß dieser Ausdruck aus der schweizerischen Doktrin und Judikatur ausgemerzt werden sollte.

Das Bundesgericht hat sich schon z. Zt. des alten PG und später unter dem neuen Gesetz immer und immer wieder auf den Standpunkt gestellt, daß an die Erfindung nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden dürfen [12]). Je nach dem zu beurteilenden Fall, hat es diesen Grundsatz das eine Mal auf den schöpferischen Gehalt, ein anderes Mal auf den technischen Fortschritt zur Anwendung gebracht. Zur Begründung dieser Praxis hat es regelmäßig auf das Fehlen eines Gebrauchsmusterschutzes in der schweizerischen Rechtsordnung hingewiesen. Durch Niedrighalten der an die Erfindung gestellten Ansprüche sollte erreicht werden, daß technische Neuerungen, die im Ausland (in erster Linie in Deutschland) den Gebrauchsmusterschutz genießen, bei uns nicht der Schutzlosigkeit anheimfallen, sondern noch des patentrechtlichen Schutzes teilhaftig werden können.

Dieses Vorgehen des Bundesgerichts ist in der schweizerischen Literatur nicht unwidersprochen geblieben. Vor allem Bircher [13]) hat sich dagegen gewendet, daß man den Schutz der „kleinen Erfindungen", wie er die in Deutschland dem Gebrauchsmusterschutz unterstehenden Neuerungen nennt, durch Senkung der „kritischen Erfindungshöhe", also auf Kosten der Patentwürdigkeit, zu erreichen trachte. Zwecks Beseitigung dieses unerfreulichen Zustandes, welcher auch dem Empfinden des Volkes, das den weitreichenden Patentschutz nur bei wesentlichen Erfindungen als berechtigt erachte, widerspreche, tritt er für die Einführung eines dem deutschen analogen Gebrauchsmustergesetzes ein.

Auch das Bundesgericht hat in seinen neueren Entscheidungen [14]) seine frühere Ansicht allmählich aufgegeben und schließlich in einem Urteil vom 9. Juni 1937 (64 II 271) den Grundstein für

---

[12]) BGE 26 II 232, 43 II 524, 49 II 138.
[13]) Bircher, speziell S. 91 ff.
[14]) Vgl. BGE 58 II 80, 59 II 330, 61 II 63.

die nun wohl definitive Praxisänderung gelegt. Es rückt hier klar von seiner früheren weitherzigen Auslegung des Erfindungsbegriffes ab und stellt sich auf den Boden der strengeren Anforderungen an die „Erfindungshöhe". „Die Originalität des Erfindungsgedankens ist wieder in den Vordergrund zu rücken und damit von der Tätigkeit des Erfinders etwas qualitativ anderes zu verlangen als vom bloß geschickten Fachmann; es muß zum mindesten gefordert werden, daß Problem und Lösung nicht derart nahelagen, daß ihre Auffindung nur noch eine technische Fortbildung darstellte, die schon dem gutausgebildeten Fachmann möglich war".

Dieser Praxiswechsel ist begrüßenswert. Die Ueberlegungen, von denen das Bundesgericht sich dabei hat leiten lassen, sind durchaus stichhaltig. Einmal erklärt es das Hauptargument, auf das sich seine frühere Praxis gestützt hatte, wonach durch entsprechendes Tiefhalten der Anforderungen an die „Erfindungshöhe" bis zu einem gewissen Grade das Fehlen des Gebrauchsmusterschutzes im schweizerischen Recht wettgemacht werden sollte, deshalb als unhaltbar, weil es sich mit dem geltenden PG, welches das Erfordernis der Modelldarstellbarkeit der Erfindung fallen ließ, nicht mehr vereinbaren lasse. Die Befürwortung verschärfter Anforderungen gründet es mit Recht auf das bei uns relativ hohe Bildungsniveau des Technikerstandes.

Der weiteren Folgerung des Bundesgerichts, daß auch die Anforderungen hinsichtlich des technischen Fortschrittes, der Bereicherung der Technik, wieder höher zu spannen sei, kann ich nicht beistimmen [15]). Eine Begründung dieser Meinung führt das Bundesgericht nicht an. Offenbar ist es der irrigen Ansicht, daß die hinsichtlich des schöpferischen Gehaltes zutreffenden Ausführungen sich gleicherweise auf den technischen Fortschritt beziehen, ein Irrtum, der sich aus dem Unterlassen der notwendigen Scheidung der beiden Erfindungselemente, gekennzeichnet durch eine recht ausgiebige Verwendung des Begriffes „Erfindungshöhe", erklären läßt.

Die Notwendigkeit, den einfachen Fortschritt als genügend anzuerkennen, folgt schon daraus, daß der Fortschritt in vielen Fällen in keinem entsprechenden Verhältnis zum geistigen Aufwand steht. Dies zeigt sich vor allem auf denjenigen Gebieten der Technik, wo schon ein hoher Grad der Vollkommenheit erreicht worden ist.

---

[15]) Ebenso Schenkel, S. 39.

Denn eine je höhere Stufe die Technik auf irgend einem Gebiete erklommen hat, einer umso größeren schöpferischen Leistung bedarf es, um einen weiteren Fortschritt zu erzielen. Das Anlegen eines strengen Maßstabes an denselben würde die Gefahr eines Stillstandes der Fortentwicklung in sich schließen, indem der Techniker (im weitesten Sinn) davon absehen würde, seine schöpferische Tatkraft für eine Sache einzusetzen, ohne auf einen unangefochtenen Patentschutz hoffen zu können.

Aber auch auf den Gebieten der Technik, die noch im Frühstadium ihrer Entwicklung sich befinden und in rapidem Aufstiege begriffen sind, lehrt die Erfahrung, daß die Gesamtentwicklung regelmäßig nicht in sprunghafter Weise vor sich geht, sondern Erfindungen von kleinem und kleinstem Fortschritt wie Bausteine aufeinander geschichtet liegen, deren jeder seine wichtige Funktion im Gesamtaufbau zu erfüllen hat. Einen „sprunghaften", „überraschenden", „wesentlichen" — und wie die gebräuchlichen qualifizierenden Ausdrücke alle heißen — Fortschritt zu verlangen, ist deshalb m. E. nicht angebracht. Die an sich berechtigte Forderung des Bundesgerichts nach einer höheren Leistung muß auf die schöpferische Idee beschränkt werden.

Bei der neuen Praxis des Bundesgerichts tritt in verstärktem Maße die Frage nach dem Schutze des Gebrauchsmusters in den Vordergrund. Ob dieser wünschenswert sei und wie er bejahendenfalls durchgeführt werden sollte, ob durch Einführung eines besonderen Gesetzes [16]) oder durch entsprechende Erweiterung des Bundesgesetzes betr. die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900 [17]) steht hier nicht zur Diskussion.

§ 3. Die patentfähige Erfindung.

Eine Erfindung, mag sie auch qualitativ noch so hoch stehen, kann des Patentschutzes nicht teilhaftig werden, wenn sie nicht neu und nicht gewerblich verwertbar ist (Art. 1, Abs. 1 PG).

Diese beiden Erfordernisse der Neuheit und gewerblichen Verwertbarkeit sind von verschiedenen Autoren als Elemente oder „Wesenszüge" des schweizerischen Erfindungsbegriffes aufgefaßt

---

[16]) So Bircher, vgl. S. 104 ff.

[17]) Gemäß den Vorschlägen von v. Waldkirch in Z. f. S. R., n. F. Bd. 53, S. 147 a ff. und Martin-Achard in Z. f. S. R., n. F. Bd. 53, S. 208 a ff.

worden[1]). Nach richtiger Auffassung sind sie jedoch dem Erfindungsbegriff nicht inhaerent, sondern müssen, wie Schanze[2]) sagt, als akzessorische Merkmale von außen zur Erfindung hinzukommen, um diese patentfähig zu machen. Neuheit und gewerbliche Verwertbarkeit sind nicht Voraussetzungen für das Vorliegen einer Erfindung, sondern neben der Erfindungsqualität Voraussetzungen für ihre Patentfähigkeit[3]). Das Gesetz läßt in diesem Punkte an Klarheit nichts zu wünschen übrig. Art. 16 PG bringt eindeutig zum Ausdruck, daß der Erfindungsbegriff die beiden in Frage stehenden Requisite nicht einschließt, indem er unter drei verschiedenen Ziffern das Nichtvorhandensein einer Erfindung, der Neuheit und der gewerblichen Verwertbarkeit als voneinander unabhängige Nichtigkeitsgründe aufführt.

a) Die Neuheit der Erfindung.

Während die beiden Kriterien „Erfindung" und „gewerbliche Verwertbarkeit" vom Gesetze nicht erläutert werden, stellt Art. 4 PG negativ fest, was nicht als neu im Sinne des Gesetzes zu gelten hat. „Eine Erfindung gilt nicht als neu, wenn sie vor der Patentanmeldung im Inland schon derart offenkundig geworden oder durch veröffentlichte, im Inland vorhandene Schrift- oder Bildwerke so dargelegt worden ist, daß die Ausführung durch Fachleute möglich ist".

Die Auffassung, daß das Erfordernis der Neuheit nicht ein solches der Erfindung an sich, sondern der patentfähigen Erfindung sei, ist in der Schweiz sowohl wie in Deutschland vorherrschend. Auch das schweiz. Bundesgericht bekennt sich dazu[4]). Die gegenteilige Ansicht entspringt wohl der volkstümlichen Anschauung, daß die Erfindung etwas „Neuartiges" darstelle[5]). Diese „Neuartigkeit" ist verwandt mit den zum Begriff der Erfindung gehörenden Requisiten des Schöpferischen und des Fortschrittes. Man pflegt sie als „subjektive Neuheit" zu bezeichnen. So verstanden ist die Neuheit allerdings dem Erfindungsbegriff inhaerent. Sogar die Gerichte haben gelegentlich den Neuheitsbegriff in diesem Sinne gebraucht[6]). Zur Vermeidung von Unklarheiten und

---

[1]) So von Guyer zu Art. 1, S. 3, Graf und Besso in S.J.Z., Jahrgang 29, S. 290.
[2]) Schanze in S.J.Z., Jahrg. 4, S. 18.
[3]) Ebenso Gaß, S. 42 f.
[4]) BGE 61 II 52.
[5]) Vgl. Schenkel, S. 46.
[6]) Siehe die Zitate bei Weidlich und Blum Anm. 20 b zu Art. 1, S. 96.

Irrtümern dürfte es sich jedoch empfehlen, sich des Begriffs der Neuheit ausschließlich in seiner sog. objektiven Bedeutung, d. h. in dem vom Gesetze verwendeten Sinne zu bedienen. Aus der Legaldefinition der Neuheit, bzw. der Nichtneuheit, in Art. 4 PG und der Wendung „neue Erfindung" in Art. 1 PG ist klar ersichtlich, erstens einmal, worauf die Neuheit sich bezieht und sodann, daß sie nicht in den Erfindungsbegriff hineinverlegt werden darf, weil andernfalls „neue Erfindung" ein Pleonasmus wäre. Das Auseinanderhalten von neuen und nicht neuen Erfindungen entspricht der sprachlichen Gewohnheit, die Lösung eines Problems auch dann noch als Erfindung zu bezeichnen, wenn sie die Neuheit verloren hat. Es würde niemandem einfallen, Dampfmaschine, Dynamomaschine, Telegraphie, Röntgentechnik — um nur einige der größten Umwälzungen auf technischem Gebiete zu nennen — den Erfindungscharakter abzusprechen, nur weil sie heute nicht mehr neu sind.

„Nichtneuheit" wird oft mit „Nichtbekanntsein" oder „Offenkundigkeit" identifiziert [7]). Daß es sich hierbei um eine ungenaue Ausdrucksweise handelt, beleuchtet der Umstand, daß Literatur im Inland vorhanden sein kann, die nach der gesetzlichen Bestimmung Neuheitsschädlichkeit bewirkt, obschon sie einem größeren oder kleineren Kreis der einschlägigen Fachleute nicht gegenwärtig oder gar nicht bekannt ist. Das Bundesgericht hat zwar einmal (58 II 285) dahin entschieden, daß das Vorhandensein ausländischer Patentschriften in irgend einer inländischen Bibliothek allein die Neuheit noch nicht zerstöre, sondern daß die Erfindung vor der Patentanmeldung zudem derart offenkundig geworden sein müsse, daß die Ausführung durch Fachleute möglich gewesen wäre. Das ist, wie allgemein feststeht [8]) falsch, da aus dem Wortlaut des Art. 4 PG unzweideutig hervorgeht, daß der eine *oder* andere Tatbestand zur Neuheitszerstörung genügen soll. Die sprachliche Ungenauigkeit, die dazu geführt hat, die Bestimmung des Art. 4 PG als eine Definition des Offenkundigen anzusehen, dürfte zu ihrem Teil zu diesem Fehlentscheid beigetragen haben. „Offenkundig" steht im Gegensatz zu „geheim" [9]). Will man an Stelle von „nicht

---

[7]) Z. B. Gaß, S. 72, BGE 30 II 347.

[8]) Vgl. die Kritik von Schönberg, S.J.Z. Jahrg. 29, S. 225 ff., Weidlich und Blum Anm. 10 zu Art. 4, S. 14 und Gaß, S. 80.

[9]) Vgl. was diesen Begriff und sein Verhältnis zur Neuheit anbelangt S. 52 ff. dieser Arbeit.

neu" einen positiven Begriff setzen, so kommt nur der Begriff „alt" in Frage, weil er allein das Gegenteil von neu bedeutet [10]).

Neu im Sinne des Gesetzes ist also eine Erfindung unter der doppelten Voraussetzung, daß dieselbe vor der Patentanmeldung weder im Inland, d. h. im Geltungsbereich des schweiz. Patentgesetzes, derart offenkundig geworden ist, daß die Ausführung durch Fachleute möglich ist, noch durch veröffentlichte, im Inland vorhandene Schrift- oder Bildwerke so dargelegt worden ist, daß die Ausführung durch Fachleute möglich ist.

Weitere Erörterungen über das Erfordernis der Neuheit sollen hier nicht gegeben werden. Wir werden jedoch im Laufe der Arbeit Gelegenheit haben, an zwei Stellen darauf zurückzukommen [11]).

b) Die gewerbliche Verwertbarkeit der Erfindung.

Die zweite Voraussetzung, welche die Erfindung gemäß Art. 1 PG erfüllen muß, um patentfähig zu sein, ist die gewerbliche Verwertbarkeit. Wissenschaft sowohl als Rechtssprechung waren lange Zeit im Unklaren darüber, was unter dem Ausdruck „gewerblich verwertbar" zu verstehen sei. Die Verwirrung war im Vergleich zu ausländischen Rechten, welche dieses Requisit ebenfalls verlangen, im schweizerischen Recht deshalb besonders groß, weil man den Begriff der gewerblichen Verwertbarkeit, gleich wie denjenigen der Neuheit, mit Elementen des Erfindungsbegriffes vermengte. Guyer erklärte [12]), gewerbliche Verwertbarkeit bedeute Ausführbarkeit (Herstellbarkeit) und Brauchbarkeit (Diensttauglichkeit). Seine Aeußerungen waren nur der Niederschlag der in der Judikatur herrschenden Auffassung [13]). Wird gewerbliche Verwertbarkeit mit Ausführbarkeit und Brauchbarkeit, die für das Vorhandensein eines technischen Fortschrittes wesentlich sind, identifiziert, so erklärt sich auch, daß Guyer dazu gelangen mußte, die gewerbliche Verwertbarkeit als ein Element des Erfindungsbegriffs zu bezeichnen.

Die neuere schweizerische Doktrin [14]) folgt mit Recht Schanze, der schon seinerzeit gegen die Meinung Guyers aufgetreten war und in der gewerblichen Verwertbarkeit nicht ein Element, sondern eine akzessorische Eigenschaft der Erfindung erblickte. Der

[10]) Vgl. Mediger, GRUR 46. Jahrg., S. 390.
[11]) Siehe S. 44 und S. 75 ff. dieser Abhandlung.
[12]) Guyer in S.J.Z. Jahrg. 4, S. 213 und Komm. S. 3 f.
[13]) Vgl. die von ihm zitierten Entscheide.
[14]) Vgl. Gaß, S. 64 ff., Weidlich und Blum Anm. 22 zu Art. 1, S. 97.

Umstand, daß das eidgen. Patentamt, welches die Anmeldungen auf ihre gewerbliche Verwertbarkeit hin zu prüfen hat (Art. 27, Abs. 1 PG), nicht brauchbare oder nicht ausführbare „Erfindungen" (z. B. perpetuum mobile) ablehnt, kann weder die Richtigkeit unserer Feststellung, daß diese beiden Eigenschaften zum Erfindungsbegriff gehören, umstoßen, noch die Bedeutung haben, daß sich das Amt einer ihm nach Gesetz nicht obliegenden und infolgedessen unzulässigen Prüfung der Erfindungsqualität schuldig mache. Das Amt übt hier zwar tatsächlich eine Prüfung der Erfindung selbst aus; diese ist aber nicht nur nicht zu beanstanden, weil sie praktisch ist, wie Weidlich und Blum sich ausdrücken, sondern das Amt ist verpflichtet, die Erfindungen auf das Vorhandensein dieser beiden Erfindungselemente zu untersuchen, weil bei deren Fehlen eine Verwertung im Gewerbe zum vornherein ausgeschlossen ist. Würde dem Patentamt, wie den Gerichten, auch die Prüfung der Erfindung hinsichtlich der Erfindungsqualität obliegen, so müßte es den Patentschutz selbstverständlich aus dem primären Grunde des Nichtvorliegens einer Erfindung verweigern.

Der Grund der irrigen Anschauung, welche in der gewerblichen Verwertbarkeit ein Erfindungselement erblickt, scheint mir in dem Umstand zu liegen, daß die Betonung auf das Wort verwertbar, statt auf gewerblich gelegt wird. Mit dem Erfordernis der gewerblichen Verwertbarkeit soll die nicht gewerbliche Verwertung dem Patentrecht entzogen werden [15]). Die ratio dieser Bestimmung läßt zugleich erkennen, daß der Ausdruck „gewerblich" im weitesten Sinne, als Gegensatz zum „Privaten" verstanden werden muß [16]). Eine Erfindung ist dann gewerblich verwertbar, wenn sie geeignet ist, nicht nur für die persönlichen Bedürfnisse des Erfinders, sondern zum Nutzen der Allgemeinheit in einem Gewerbebetriebe im weitesten Sinne als Produkt hergestellt oder als Produktionsmittel gebraucht werden zu können. Daß das Wort verwertbar die Bedeutung von anwendbar oder verwendbar hat und insbesondere mit der wirtschaftlichen Bedeutung, dem kommerziellen Wert der Erfindung nichts zu tun hat, ist in der schweizerischen Doktrin [17]) allgemeine Ansicht und auch vom Bundesgericht wiederholt ausgesprochen worden [18]).

---

[15]) Vgl. Kohler, Hdb. S. 171.

[16]) Ebenso Gaß, S. 68, Weidlich und Blum Anm. 23 zu Art. 1, S. 98.

[17]) Guyer, Komm. S. 4, Weidlich und Blum Anm. 21 zu Art. 1, S. 97, Schanze in S.J.Z. Jahrg. 4, S. 38, Bircher, S. 76, Gaß, S. 69.

[18]) BGE 50 II 307, 56 I 206; falsch: 49 II 517.

2. Kapitel:

Das Erfinderrecht.

§ 4. Terminologie und Begriff.

Der Ausdruck „Erfinderrecht" ist ein in Wissenschaft und Rechtssprechung allgemein anerkannter Begriff. Er ist jedoch nicht immer in gleicher Bedeutung angewendet worden. „Oft wurde er mit dem Wort „Patentrecht" vermengt und zwar in der Weise, daß bald der eine, bald der andere Begriff im weiteren Sinne gebraucht wurde. So bezeichnet Kohler das eigentliche Erfinderrecht als ein „Erfinderrecht unvollkommener Art" und behandelt es als einen Teil des „Patentrechts". Hier ist das Patentrecht der weitere Begriff. Andere wiederum fassen das „Patentrecht" als einen Teil des „Erfinderrechts" im weiteren (objektiven) Sinne auf. Dies entspricht wohl auch der gewöhnlichen Laienansicht" [1]).

Auf den terminologischen Streit näher einzugehen erscheint überflüssig. Hingegen ist notwendig darzulegen, was in der vorliegenden Arbeit unter dem Begriff „Erfinderrecht" zu verstehen ist. Der Begriff „Erfinderrecht" wird dem Begriff „Patentrecht" gegenüber gestellt. Erfinderrecht ist das aus der Erfindungstat für den Erfinder entstandene Recht, während das Patentrecht auf dem an den Patentinhaber erteilten Patente beruht. Oder anders ausgedrückt: das Erfinderrecht ist das Recht des Erfinders an seiner Erfindung, solange er auf dieselbe noch kein Patent erlangt hat. „Erfinderrecht" kann demnach definiert werden als das unmittelbar aus der Hervorbringung einer patentfähigen Erfindung für deren Urheber entspringende Recht [2]). Man kann wohl sagen, daß der Begriff „Erfinderrecht" in dieser Bedeutung zu einem terminus technicus geworden ist. Autoren, die, wie Isay, das Recht an der Erfindung nicht dem Erfinder, sondern jedem Erfindungsbesitzer zusprechen, sollten für die Charakterisierung dieses Rechtes von der

[1]) Hesse, S. 25.

[2]) Vgl. die ähnliche Definition Adlers, Zeitschr. für das gesamte Handels- und Konkursrecht Bd. 65, S. 200.

Verwendung des Wortes „Erfinderrecht“ Umgang nehmen. Ebenso fehlerhaft und irreführend ist es, die Frage nach dem „Inhaber des Erfinderrechts“ oder dem „Träger des Erfinderrechts“ aufzuwerfen [3]). Denn die Bezeichnung „Erfinderrecht“ bringt bereits die subjektive Verknüpfung des Rechtes mit der Person des Erfinders zum Ausdruck. Richtigerweise könnte man die Frage nach dem Träger des „Rechtes aus der Erfindung“ [4]) stellen.

§ 5. Der Zweck des Patentgesetzes als Ursache der gegensätzlichen Meinungen über die Existenz eines Erfinderrechts.

Als ein Recht des Erfinders vor der Anmeldung seiner Geistesschöpfung wird von den Bejahern eines solchen allgemein, sei es als alleiniger oder bloßer Teilinhalt, sein ausschließliches Recht auf Erlangung des Patentes angesehen. Ob ein solches existiert, hängt von der konkreten Rechtsordnung ab. Für die Schweiz muß das Bestehen eines Erfinderrechts bejaht werden, wie weiter unten (§ 8) nachgewiesen werden soll. In Deutschland, wo es die Patentgesetze von 1877 und 1891 an einer diesbezüglichen klaren Stellungnahme fehlen ließen [1]), sind die gegensätzlichen Ansichten viel erörtert und mit großem Eifer verfochten worden.

Den Vertretern des Erfinderrechts stehen diejenigen gegenüber, die der Meinung sind, das Patent gebühre dem Anmelder und demnach ein „Anmelderecht“ befürworten. Die hierbei zu Tage tretende Diskrepanz der Anschauungen hat ihre Wurzel in der Frage nach dem Zweck des Patentgesetzes. Hat es zum Ziele den Schutz der Allgemeinheit oder den Schutz des Einzelnen, des Erfinders? Die gleiche Frage läßt sich stellen inbezug auf den Zweck des Rechtes überhaupt. Soll es das statuieren, was für die Gesamtheit, die nationale Volkswirtschaft nützlich ist, oder was vom Standpunkt des einzelnen Individuums aus als gerecht erscheint? Ich gehe mit Engländer [2]) einig, der betont, daß die Stellungnahme

[3]) Vgl. z. B. Kisch, Handbuch, S. 63 ff.
Fabian, S. 22 ff.

[4]) Diesen Ausdruck verwenden z. B. von Hermann, österreichisches Patentblatt 1903, S. 458 und Hirsch in einer so betitelten Abhandlung.

[1]) Das Patentgesetz vom 5. Mai 1936 hat in dieser Hinsicht Klarheit geschaffen.

[2]) Engländer, in Iherings Jahrb. f. d. Dogmatik d. bürgerl. Rechts, 2. F., Bd. 35, S. 16 ff.

in dieser Frage keine einseitige sein dürfe und einer Vereinigung des ethisch-individualistischen und des utilitär-kollektivistischen Gesichtspunktes das Wort redet. In ähnlichem Sinne bemerkt Beuttner [3]) inbezug auf das Patentrecht, daß nicht einzusehen sei, warum man sich in seiner Begründung auf einen einzigen Grund versteife und warum man immer nur diesen einen im Auge behalten sollte. Man werde sich auch hier verschiedene Zwecke, die Gerechtigkeit für den Erfinder und den Nutzen für die Allgemeinheit ganz gut nebeneinander denken können. Zweck eines Patentgesetzes soll die Schaffung eines beide Teile befriedigenden Kompromisses zwischen den sich widerstreitenden Interessen sein. Der Wunsch des Erfinders geht auf ein zeitlich unbeschränktes, mit der Erfindungstat entstehendes, ausschließliches Benutzungsrecht seiner Erfindung. In Ermangelung eines solchen, könnte er sich die alleinige Benutzung nur durch Geheimhaltung der Erfindung zu sichern versuchen. Industrie und Allgemeinheit auf der andern Seite haben ein eminentes Interesse an der Preisgabe der Erfindung, nicht nur zwecks Anwendung gerade dieser Erfindung. sondern weil auf der bekannten neue Erfindungen aufgebaut werden können. Um den Erfinder zur Bekanntgabe zu veranlassen, muß der Staat diesem als Anreiz einen Gegendienst bieten. Dieser besteht in der Gewährung des ausschließlichen Benutzungsrechtes während einer für die Allgemeinheit erträglichen Zeitdauer, nach deren Ablauf die Erfindung Allgemeingut wird. Für den Erfinder birgt dieses, zwar nur auf Grund eines Staatsaktes erhältliche, mit Kosten verbundene und überdies zeitlich beschränkte Alleinbenutzungsrecht den Vorteil, nicht mehr bloß auf die Geheimhaltung der Erfindung angewiesen zu sein, welche zudem in allen den Fällen versagt, wo der Erfindungsgedanke aus dem in den Verkehr gelangenden Erzeugnis ersichtlich ist.

§ 6. Die ein Erfinderrecht verneinenden Theorien.

Steht ein Gesetzgeber auf dem Boden, daß das Patentgesetz bloß den Vorteil der Allgemeinheit bezwecke, so ist naheliegend, daß er ein Erfinderrecht nicht anerkennt und das Entgelt für die Bekanntmachung der Erfindung, soll schon ein solches entrichtet werden, dem „Offenbarer“ zuspricht, möge dieser nun der wahre

[3]) Beuttner, S. 2.

Erfinder oder ein bloßer „Entnehmer" sein. Denn — so wird argumentiert — dem öffentlichen Interesse sei Genüge getan, wenn die Erfindung durch die Patentierung bekannt werde und nach Ablauf der Schutzfrist dem allgemeinen Gebrauch anheimfalle. Die Person, welcher das ausschließliche Nutzungsrecht zukomme, interessiere die Allgemeinheit nicht. Diese einseitig das kollektivistische Prinzip betonende sog. *volkswirtschaftliche* oder *Offenbarungstheorie* wurde von Damme [1]) historisch fundiert und hat namentlich durch Kändler [2]) ihre nationalökonomische Begründung erfahren [3]). Infolge seiner wirtschaftspolitischen Funktion unterstellt sie das Patentrecht dem öffentlichen Recht.

Weitere öffentlich-rechtliche Patentrechtstheorien, die, weil früher auch in der Schweiz vorherrschend [4]), hier erwähnt werden sollen, sind die *Privilegien-* und *Monopoltheorien.* Beide erblicken in der Erteilung eines Patentes Schaffung eines Rechtes durch staatlichen Gnadenakt. Wenn auch bestimmt werde, daß das Patent nur dem „wahren Erfinder" [5]) oder dem „Urheber der Erfindung" [6]) erteilt werden dürfe, so werde dadurch der Charakter des Gnadenaktes nicht geändert. Von einem Rechte des Erfinders auf das Patent kann jedenfalls aus dem Gesichtswinkel dieser Theorien nicht die Rede sein.

Eine andere beachtliche Ansicht, die, obschon auf dem Boden des Privatrechts stehend, ein Erfinderrecht leugnet, ist die von Isay vertretene *Besitztheorie.* Für die Begründung des Rechtes an der Erfindung läßt er nicht die Tatsache ihrer Erschaffung, die Urheberschaft, sondern lediglich den Erfindungsbesitz entscheidend sein. „Erfindungsbesitz" bedeutet nach der herrschenden deutschen Lehre, der sich die schweizerische Doktrin anschließt, „das tatsächliche Vermögen einer Person, eine Erfindung so auszunutzen, wie es ihre Natur gestattet" [7]). Dieses „Vermögen" kann entweder auf der Kenntnis der Erfindung, dem Wissen um den ursächlichen Zusammenhang zwischen technischem Mittel und technischem Erfolg beruhen, oder es kann sich aus der Innehabung von Zeichnungen,

---

[1]) Damme: Der Schutz technischer Erfindungen als Erscheinungsform moderner Volkswirtschaft, 1910.

[2]) Vor allem in seiner Schrift: Der staatliche Erfindungsschutz im Lichte moderner Nationalökonomie, 1914.

[3]) Vgl. Engländer, S. 22.

[4]) Meili, S. 23, Schindler, S. 7, Simon, S. 4.

[5]) So Englisches Patentgesetz von 1623.

[6]) So Schweizerisches Patentgesetz vom 29. Juni 1888, Art. 1.

[7]) Feller, S. 25. Vgl. auch das dort aufgeführte Schrifttum.

Beschreibungen, Modellen usw., aus denen solche Kenntnis gewonnen werden kann, ergeben.

In veränderter Form wird die Besitztheorie von Julius Seligsohn in seiner sog. *Geheimnistheorie* vertreten. Als weiteres Tatbestandsmerkmal des Rechtes an der Erfindung verlangt er neben dem Erfindungsbesitz das Geheimsein der Erfindung. Seiner Meinung nach ist das Erfinderrecht nichts anderes als geschützter Geheimnisbesitz. Demnach könnte also nur der Geheimnisträger als patenterwerbsberechtigt betrachtet werden.

Die Tatsache, daß weder diese Konstruktion J. L. Seligsohns noch die Besitztheorie Isays für das schweizerische Recht Geltung beanspruchen können, wird sich aus § 8 dieser Arbeit ergeben. Im Folgenden soll vorerst ein Ueberblick über diejenigen Theorien gegeben werden, welche ein Erfinderrecht anerkennen und sein Wesen zu ergründen versuchen.

§ 7. Die Erfinderrechtstheorien.

Die drei Erfinderrechtstheorien, die wohl am meisten Anhänger gefunden haben, werden, da sie ursprünglich für das Urheberrecht i. e. S. aufgestellt wurden, unter der Bezeichnung „Urheberrechtstheorien" zusammengefaßt. Es sind dies die Theorie vom geistigen Eigentum, die Persönlichkeitstheorie und die Immaterialgüterrechtstheorie. Uebereinstimmend erklären sie das Erfinderrecht als ein natürliches Recht des Urhebers an einer Erfindung und stellen es auf eine Stufe mit den andern Urheberrechten, insbesondere mit dem Urheberrecht i. e. S., dem literarisch-künstlerischen Urheberrecht. Zwischen Urheberrecht und Erfinderrecht wird weitgehende Wesensverwandtschaft angenommen. „Das Erfinderrecht ist gleich dem Urheberrecht ein aus geistiger Schöpfung fließendes Recht an einem Geisteserzeugnis" [1]). Kisch bringt die Zusammengehörigkeit dadurch zum Ausdruck, daß er das Erfinderrecht als technisches Urheberrecht bezeichnet. Dabei werden jedoch gewisse Unterschiede in den Objekten des Rechtsschutzes nicht verkannt. Während das Geisteserzeugnis, das Gegenstand des Urheberrechts bilde, durch Verbindung von Idee und Form individualisiertes Geisteswerk sei, bestehe das Schutzobjekt des Erfinderrechts in der Idee als solcher [2]).

[1]) Gierke, S. 854.
[2]) Vgl. Gierke, S. 854.

Obgleich in der Tat eine nicht verkennbare Wesensverwandtschaft zwischen den Objekten des Erfinderrechts und des Urheberrechts vorhanden ist, geht es keinesfalls an, für das Erfinderrecht auf einen dem Urheberrecht analogen Inhalt zu schließen oder gar mit Analogieschluß seine Existenz zu begründen. Solange ein Erfinderrecht nicht gesetzlich sanktioniert ist, kann ihm bloß die Bedeutung eines Postulates de lege ferenda zukommen. Dies ist von vielen deutschen und schweizerischen Erfinderrechtstheoretikern mißachtet worden[3]). Zweifellos war die Absicht sowohl des deutschen wie des schweizerischen Patentgesetzgebers, dem Erfinder erst durch die Patentierung der Erfindung den dem literarischen und künstlerischen Urheber mit dem Zustandekommen seines Geisteswerkes gewährten weitgehenden Schutz zu verschaffen. Dem Erscheinen des Werkes entspricht bei der Erfindung die Erteilung des Patentes. Nicht Erfinderrecht und Urheberrecht, sondern Patentrecht und Urheberrecht stehen auf einer Stufe. Werden die für das Urheberrecht gültigen Theorien auf das Erfinderrecht übertragen, so wird als Inhalt des Erfinderrechts ein ebenso ausschließliches Herrschaftsrecht des Erfinders über seine Erfindung vorausgesetzt, wie es hinsichtlich des Urhebers inbezug auf sein Geisteserzeugnis gesetzlich normiert ist. Da ich, was den Inhalt des Erfinderrechts anbelangt, eine andere Auffassung vertrete[4]), kann ich mich zu keiner der 3 Theorien bekennen. Ich werde sie daher an dieser Stelle lediglich kurz skizzieren, ohne auf kritische Betrachtungen einzugehen.

1. Die Theorie des geistigen Eigentums.

Diese Theorie stellt die Herrschaft über das Geistesgut der Erfindung der Herrschaft des Eigentümers über seine körperliche Sache gleich. Der Lehre der Naturrechtsschule folgend, welche die Berechtigung des Eigentumsschutzes aus der Arbeits- oder Schöpfungsleistung zu begründen versucht, wird die Erfindung ebenfalls als das Ergebnis einer solchen oder sogar als solche selbst dargestellt. Daraus wird gefolgert, daß die Erfindung auch unter rechtlichen Schutz gestellt werden müsse; es sei dies ein natürliches Recht des Erfinders. Da sich nun der Schutz des Sacheigentümers und der Schutz des Erfinders aus demselben Rechtsprinzip recht-

[3]) Vgl. z. B. Hirsch, S. 36 ff., 46 f., Beuttner, S. 17.
[4]) Siehe §§ 8 und 9 der Abhandlung.

fertige, fordert man, in Ermangelung einer Regelung des Schutzes des Erfinders, gleiche oder ähnliche Ausgestaltung desselben, also analoge Anwendung der Bestimmungen über das Sacheigentum. Zur Unterscheidung des Eigentums des Erfinders vom Sacheigentum wird ersteres als gewerbliches, oder im weitern Sinne (auch auf das Urheberrecht anwendbar) als geistiges Eigentum bezeichnet. Diese Benennungen haben sich ihrer Einfachheit halber rasch und gut eingelebt und werden auch heute, wo die Theorie des geistigen Eigentums als überlebt angesehen werden muß, noch vielfach schlagwortartig verwendet [5]).

Die logische Konsequenz dieser Theorie ist die Unterstellung des Erfinderrechts unter das Sachenrecht. Dabei zeigen sich jedoch Schwierigkeiten, die auf der Verschiedenheit der Rechtsobjekte beruhen. In der Hauptsache werden gegen die Theorie folgende zwei Einwendungen vorgebracht: Während das Sacheigentum in der Regel an keine zeitliche Grenze gebunden sei, erlösche das geistige Eigentum infolge Zeitablaufs. An ein und derselben Sache könne nur ein Eigentumsrecht bestehen, dieselbe Erfindung könne aber von mehreren gemacht werden (Doppelerfindung), denen allen dann das Erfinderrecht, zwar jedem an seiner, aber doch an derselben Erfindung, zustehe. Die Vertreter der Theorie des geistigen Eigentums sind denn auch gezwungen, Unterschiede anzuerkennen. Sie messen jedoch den an ihrer Theorie anzubringenden Korrekturen nur untergeordnete Bedeutung bei. Die grundsätzliche Uebereinstimmung dürfe nicht dadurch verdunkelt werden, daß auch zahlreiche Verschiedenheiten zwischen beiden Arten des Eigentums beständen [6]).

2. Die Persönlichkeitstheorie.

Die Persönlichkeitstheorie wurde in erster Linie von den Germanisten vertreten. Ihr hervorragendster Verfechter war Otto v. Gierke. Sie faßt Erfinder und Erfindung zu einer Einheit zusammen. Sie sind voneinander nicht ablösbar. „Mag . . . das Erfinderrecht dem Urheberrecht ein- oder nebengeordnet werden, so gehört es jedenfalls gleich ihm zu den Rechten an der eigenen Person. Es ist ein Persönlichkeitsrecht, durch das ein Geisteserzeugnis als Bestandteil einer bestimmten Persönlichkeitssphäre anerkannt und

[5]) So z. B. in der Bezeichnung „Amt für geistiges Eigentum".
[6]) Vgl. Dernburg, S. 38.

deren Träger eine Herrschaft über diesen Bestandteil seiner Persönlichkeitssphäre gewährt wird“ [7]). In noch höherem Maße als das Geisteswerk entziehe sich der Erfindungsgedanke jeder mit dem körperlichen Eigentum vergleichbaren Herrschaft. Gierke verneint den vermögensrechtlichen Charakter des Erfinderrechts. Erst mit der Patenterteilung komme das Vermögensrecht zu dem Persönlichkeitsrecht hinzu. Geboren aber werde das Erfinderrecht als reines Persönlichkeitsrecht. Besonderen Schwierigkeiten begegnet Gierkes Theorie in Hinsicht auf die Uebertragbarkeit des Erfinderrechts. Als Persönlichkeitsrecht müßte es unübertragbar sein. Gierke hilft sich aus der Verlegenheit mit der Unterscheidung von „Recht“ und „Ausübung des Rechts“. „Allein der Ausübung nach ist schon das ursprüngliche Erfinderrecht übertragbar. Uebertragbar ist daher vor allem auch das aus dem Erfinderrecht fließende Recht auf ein Patent“ [8]).

Auch in der schweizerischen Doktrin und Praxis hat die Persönlichkeitstheorie Anhang gefunden [9]). Das Bundesgericht hat sich dahin geäußert, daß das Erfinderrecht am richtigsten wohl als Persönlichkeitsrecht, verbunden mit einem Vermögensrecht, zu bezeichnen sei [10]).

3. Die Immaterialgüterrechtstheorie.

Die Immaterialgüterrechtstheorie (ursprünglich weniger gut als Immaterialrechtslehre bezeichnet) ist von Kohler begründet worden, der ihr auch den Namen gegeben hat. Kohler versteht unter dem Immaterialgut ein außerhalb des Menschen stehendes, aber nicht körperliches, nicht faß- und greifbares Rechtsgut [11]). Der Ausgangspunkt von Kohlers Theorie liegt in der Theorie vom geistigen Eigentum. Nach ihm führt das immaterielle Gut ein ebenso selbständiges Dasein wie jedes andere körperliche Gut und die Herrschaft darüber gleicht auch der Herrschaft über ein körperliches Gut. Er betont jedoch, daß es falsch sei, auf das immaterielle Gut die Vorschriften über das Eigentum an körperlichen Sachen anzuwenden, weil die Natur des Erfindungsgutes eine Subsumtion

---

[7]) Gierke, S. 856.
[8]) Gierke, S. 887.
[9]) Vgl. Komm. Guyer, N. 6 zu Art. 1; Bracher, S. 38; Hafter, Strafrechtlicher Patentschutz gegenüber Aktiengesellschaften, S. 18; Bircher, S. 21; Zürcher Obergericht in Bl. f. Z. R. 5 Nr. 36.
[10]) BGE 31 II 246.
[11]) Kohler, Hdb. S. 55.

unter den Begriff des Eigentums nicht zulasse. Eine Haupteigentümlichkeit des immateriellen Gutes sei beispielsweise die Zeitlichkeit. Der Grund des Untergangs des Rechts sei nicht etwa in einem gleichzeitigen Untergang der Ideenschöpfung zu sehen, sondern er liege in der Natur der Immaterialobjekte.

Kohler will aber auch den persönlichen Interessen des Erfinders gerecht werden. Er sagt: „Vor der Anmeldung hat der Erfinder ein Erfinderrecht, aber ein Erfinderrecht unvollkommener Art. Er hat auch ein Individualrecht und zwar ein Individualrecht, das sich auf die Erfindung bezieht. Beides ist streng zu unterscheiden . . .“ [12]). Während das Erfinderrecht als Immaterialgüterrecht ein Vermögensrecht darstellt, ist das Individualrecht nach Kohler das Recht des Geheimnisträgers [13]).

Kohlers Theorie vom immateriellen Güterrecht nimmt in der Wissenschaft die vorherrschende Stellung ein. In der Schweiz sind ihr insbesondere der Kommentar Weidlich und Blum [14]) und Beuttner [15]) gefolgt.

§ 8. Das Patentgesetz als Grundlage für Existenz und Inhalt des Erfinderrechts.

Das Bestehen eines Patentrechts bedingt nicht die Existenz eines Erfinderrechts. Aufgabe des Patentgesetzes ist, die aus dem Patente für dessen Inhaber resultierenden Rechte zu normieren. Würde der Gesetzgeber unabhängig von der Patentanmeldung Rechte unmittelbar aus der Erfindungstat gewähren, so würde der eine Teilzweck des Patentgesetzes, die mit der Anmeldung verbundene Kundbarmachung der Erfindung zugunsten der Allgemeinheit, illusorisch gemacht, weil ein Schutz der Erfindung vor der Patentanmeldung, je nach dessen Umfang, mangels Interesse an der Erlangung eines Patentes ein vollständiges Ausbleiben oder zum mindesten eine Verminderung der Patentbewerbungen zur Folge haben würde. Bloß ein einziges schon mit der Erfindungstat entstehendes Recht hat diese die Oeffentlichkeit schädigende Wirkung nicht: das Recht auf das Patent selbst. Wer dieses Recht hat, muß das Patentgesetz regeln. Es kann es — wie wir in § 5

[12]) Kohler, Hdb. S. 248.
[13]) Kohler, Hdb. S. 249.
[14]) Weidlich und Blum, S. 57.
[15]) Beuttner, S. 9 ff.

gesehen haben — entweder dem Anmelder oder dem Erfinder verleihen. Es erfüllt ein Postulat der Billigkeit dem Erfinder gegenüber, wenn es seine Interessen berücksichtigt und ihn als allein patentberechtigt erklärt. Eine Regelung in diesem Sinne entspricht auch dem Gedanken, der im literarischen und künstlerischen Urheberrecht zum Ausdruck kommt und der allen im vorhergehenden Paragraphen aufgeführten Theorien zu Grunde liegt, daß der Schöpfer eines geistigen Gutes, nicht zuletzt als Belohnung für seine Leistung, ein Recht an demselben erhalten soll. Sein Inhalt ist hier wie dort durch das Gesetz festgelegt. Daß man infolge der Unklarheit des früheren deutschen Patentgesetzes die Grundlagen des Erfinderrechts außerhalb des Gesetzes suchen zu müssen glaubte und sich dabei auf das Urheberrecht und die für dasselbe entwickelten Theorien stützte, haben wir an anderer Stelle [1]) bereits erwähnt. Wie tief diese irrige Anschauung in das Rechtsleben eingedrungen ist, zeigt sich darin, daß erst ein Teil der Kommentatoren [2]) des neuen deutschen Patentgesetzes von 1936, welches bezüglich Existenz und Inhalt des Erfinderrechts klar gefaßt ist, sich von der früheren Auffassung loszulösen vermochte und ein Erfinderrecht nur in dem Umfange anerkennt, wie er im Gesetze statuiert ist.

Während die Theorie des geistigen Eigentums und die Immaterialgüterrechtstheorie das Erfinderrecht, insoweit als es nicht im Patentgesetz seinen Niederschlag gefunden hat, auf ein „natürliches Recht" des Erfinders an seinem Geistesgute stützen müssen, hat die Persönlichkeitstheorie den scheinbaren Vorteil, das Erfinderrecht in der Schweiz auf dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 28 ZGB aufbauen zu können. Es ist nun zwar richtig, daß die Erfindung als Produkt der Persönlichkeit an ihrem Rechtsschutze teil hat; allerdings trifft dies nur in dem Umfange zu, als sie als Bestandteil derselben betrachtet werden kann. Zutreffend sagt Buchli [3]): „Der Persönlichkeitsschutz beschränkt sich auf den Schutz der Persönlichkeit in ihrer Geheimsphäre und ihrer Ehre und nur soweit ist die Persönlichkeit auch geschützt inbezug auf die Erfindung. Nicht die Verfügung über die Erfindung als solche gewährt das Persönlichkeitsrecht, sondern den Schutz der Beziehung der Person zur Erfindung. Das ist aber kein Erfinderrecht".

---

[1]) Vgl. § 7 der Abhandlung.
[2]) Möller, Anm. 20 zu § 3, S. 73/74, Klauer-Möhring, Anm. 4 zu § 3, S. 120.
[3]) Buchli, S. 17.

Schon Giesker [4]) bezeichnete es als einen Irrtum, das Recht am Erfindungsgeheimnis als Erfinderrecht anzusehen, indem er darauf hinwies, daß als Objekt des Geheimnisschutzes nicht nur keine patentfähige Erfindung, sondern überhaupt keine Erfindung vorzuliegen brauche. Von Erfinderrecht kann m. E. nur die Rede sein, wo ein spezielles, bloß auf einen Erfinder anwendbares Recht in Frage steht. Ist es deshalb schon verfehlt, das Persönlichkeitsrecht des Erfinders als „Erfinderrecht" zu bezeichnen, so ist noch viel weniger angängig, aus dem Persönlichkeitsrecht noch weitergehende Rechte des Erfinders herzuleiten, um auf diese Weise zu einem umfassenden Erfinderrecht zu gelangen. Meiner Meinung nach kann die Frage nach der Existenz eines Erfinderrechts im schweizerischen Recht lediglich auf Grund des Patentgesetzes beantwortet werden, das allein auf Erfindungen bezügliche Normen enthält, welche überdies auch für den Inhalt des Erfinderrechts m. E. allein maßgeblich sein können. Die gleiche Ansicht für das deutsche Recht wurde besonders von E. Adler [5]) vertreten und von Hesse [6]) übernommen. Für das schweizerische Recht hat sich erstmals Schindler [7]) in ähnlichem Sinne geäußert, indem er das Patentgesetz als die einzige Quelle des Erfinderrechts bezeichnete. Buchli [8]) ist in seinen Ausführungen weitgehend den Gedankengängen Adlers gefolgt.

Das geltende schweizerische Patentgesetz enthält keine ausdrückliche Bestimmung, wonach dem Urheber einer Erfindung ein Recht aus derselben, in Gestalt eines Rechtes auf das Patent, zustände, wie sie die angelsächsischen Rechte und das deutsche Patentgesetz von 1936, welches in § 3 das Recht auf das Patent dem Erfinder oder seinem Rechtsnachfolger zuerkennt, aufweisen. Vielmehr gibt es im Anmeldungsverfahren, dem Anmelder oder Patentbewerber, wie es ihn nennt, Anspruch auf Erteilung des Patentes. Trotzdem besteht ein Erfinderrecht. Die Normen, die es schaffen, sind Art. 16, Ziff. 2 und Art. 20 PG. Nach Art. 16, Ziff. 2 ist das Patent durch den Richter nichtig zu erklären, wenn der Patentnehmer weder als Urheber der Erfindung noch als dessen Rechtsnachfolger anzusehen ist, noch aus andern Rechtsgründen Anspruch auf Erteilung des Patentes hatte. Aus dem Wortlaut dieser Be-

[4]) Giesker, S. 16.
[5]) Adler, S. 202, Anm. 9.
[6]) Hesse, S. 28.
[7]) Schindler, S. 9.
[8]) Buchli, S. 16 ff.

stimmung lassen sich folgende Schlüsse ziehen: Erstens einmal hat eine *Nachfolge* in das Recht des Erfinders beim Urheber der Erfindung das *Bestehen* eines Rechtes an derselben zur Voraussetzung und zweitens ist die *Erfinder*qualität (oder Rechtsnachfolge in diese, neben andern Rechtsgründen) [9]) ein *Rechts*grund für den Anspruch auf Erteilung des Patentes. Art. 16, Ziff. 2 selbst schützt diesen Anspruch allerdings bloß in negativer Weise, indem er gegen das ohne Rechtsgrund erworbene Patent die Nichtigkeitsklage gewährt. Mit dieser kann bloß verhindert werden, daß ein Nichtberechtigter im Genusse des Patentes bleibt. Positiv wird der Anspruch des Erfinders durch Art. 20, Abs. 1 geschützt, wonach der Erfinder — und zwar nur er [10]) — als der in seinem Rechte Verletzte die Abtretung des Patentes verlangen kann.

Es stellt sich die Frage nach dem Verhältnis dieses im Gesetz verankerten, dem Erfinder zustehenden, „Anspruchs" auf Erteilung des Patentes mit dem aus dem Anmeldegrundsatz fließenden Anspruch des Anmelders. Letzterer ist in Uebereinstimmung mit der deutschen Doktrin [11]) als ein öffentlich-rechtlicher Anspruch gegenüber dem Staate, vertreten durch das Patentamt, zu betrachten, welches, auch wenn ihm eine allfällige Nichtberechtigung des Anmeldenden bekannt sein sollte, beim Vorliegen der von ihm zu prüfenden Voraussetzungen das Patent erteilen muß [12]), da nach heutiger Auffassung der Patentschutz eben nicht mehr Gnadenakt wie ehemals, sondern staatliche Pflicht ist. Weist das Amt das Patentgesuch zurück, so kann der Anmelder seinen Rechtsanspruch auf dem Wege der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht verfolgen [13]). Im Gegensatz zu diesem publizistischen Recht auf Erteilung des Patentes ist das in Art. 16, Ziff. 2 und Art. 20, Abs. 1 in Erscheinung tretende Recht das zivile Recht des Erfinders an seiner Erfindung, die materiellrechtliche Befugnis zum Patenterwerb. Nur wenn dem aus der Anmeldung fließenden öffentlichen Recht das private Recht auf das Patent zur Seite steht, kann das Patentamt ein unvernichtbares und der Abtretungsklage nicht unterworfenes Patent erteilen. Dies ist ausschließlich dann der Fall,

---

[9]) Mit der Erwähnung anderer Rechtsgründe soll, wie aus den Beratungen der Räte ersichtlich ist, der Dienstherr, der in Bezug auf die Erfindungen seiner Angestellten originärer Urheber wird, berücksichtigt werden.

[10]) Ebenso Guyer, Komm. zu Art. 20, Anm. 2.

[11]) Vgl. etwa Engländer, S. 52 ff.

[12]) Gleicher Meinung Beuttner, S. 12.

[13]) Art. 28 PG, Anhang VDG I, 1.

wenn der Erfinder, also der materiell Berechtigte, um das Patent nachsucht. Derjenige, dem die Erfinderqualität abgeht, der einfache Erfindungsbesitzer, hat auf Grund seiner Erfindungskenntnis wohl die tatsächliche Möglichkeit das Patent zu erhalten — und er kann es beim Ausbleiben einer Nichtigkeits- oder Abtretungsklage auch behalten —, eine rechtliche Gewährleistung seines Patentgenusses jedoch fehlt ihm. Richtig bemerken Damme-Lutter [14]), daß der Erfinder der einzige sei, der alle aus dem Felde schlage, der einzige, der nicht nur, wie die übrigen Erfindungsbesitzer, tatsächlich die Erfindung zum Patent anmelden könne, sondern sich, worauf es einzig ausschlaggebend ankomme, in der Rolle des Patentanmelders zu behaupten vermöge.

Während nach dem geltenden Patentgesetz das materielle Recht des Erfinders, das Erfinderrecht, sich mittelbar aus den die Nichtigkeits- und Abtretungsklage regelnden Artikeln ergibt, war es im alten Patentgesetz von 1888 in Art. 1 expressis verbis niedergelegt: „Die schweizerische Eidgenossenschaft gewährt, in Form von Erfindungspatenten, den Urhebern neuer Erfindungen ... oder deren Rechtsnachfolgern die im vorliegenden Gesetze vorbezeichneten Rechte". Art. 1 des Entwurfes des Bundesrates zum Patentgesetz von 1907 hatte eine ganz ähnliche Fassung beibehalten. Anläßlich der Beratung dieses Entwurfs wurde durch den nationalrätlichen Kommissionsreferenten gegen den Wortlaut dieses Artikels opponiert, da er Ueberflüssiges enthalte. Als überflüssig und zugleich unkorrekt, weil im Widerspruche mit Art. 11, Ziff. 2, wonach noch andere Drittberechtigte in Betracht kämen, wurde die Wendung bezeichnet, daß die im Gesetz genannten Rechte „den Urhebern der Erfindungen oder ihren Rechtsnachfolgern" gewährt werden. Diese Fassung war auch in anderer Hinsicht nicht glücklich. Wollte man damit bloß das Recht des Erfinders auf das Patent festlegen, oder sollte dieser Wortlaut überdies zum Ausdruck bringen, daß ein Patent nur an den Erfinder erteilt werden könne? Offenbar war letzteres beabsichtigt. Da jedoch eine Prüfung der Erfinderqualität mit unserem Patentsystem unvereinbar gewesen wäre, konnte die so entstandene Inkonsequenz nur durch die in Art. 16, Ziff. 2 a. PG aufgestellte Präsumtion, wonach bis zum Beweise des Gegenteils der Patentnehmer als Urheber der angemeldeten Erfindung gelten solle, beseitigt werden. § 1

[14]) Damme-Lutter, S. 215.

wurde den gemachten Vorschlägen entsprechend abgeändert und in die vorliegende kurze Fassung gebracht. Damit ist die Präsumtion des alten Gesetzes hinfällig geworden. Das Patent wird nach dem geltenden Gesetz nicht mehr dem wahren oder präsumtiven Erfinder, sondern dem Bewerber erteilt. Die Frage nach der Erfinderschaft soll mangels öffentlichen Interesses bei der Patenterteilung überhaupt nicht mehr aufgerollt werden. Der Grundsatz aber, daß dem Erfinder materiell das Recht auf das Patent gebühre, wurde, wenn auch nicht mehr unmittelbar zum Ausdruck kommend, im geltenden Gesetze beibehalten. In Erscheinung tritt er indessen erst, nachdem eine Interessenkollision entstanden und aus Art. 16, Ziff. 2 oder aus Art. 20 Klage erhoben worden ist.

§ 9. Der Inhalt des Erfinderrechts.

Wir haben im Laufe unserer bisherigen Ausführungen gelegentlich schon die umstrittene Frage nach dem Inhalt des Erfinderrechts gestreift. Erschöpft er sich in dem im Gesetz zum Ausdruck kommenden Recht auf das Patent, oder gewährt das Erfinderrecht, wie von Vielen behauptet wird, namentlich auch ein sog. Genußrecht, ein Recht zur gewerbsmäßigen Benutzung der Erfindung? Als Benutzungshandlungen kommen die in Art. 7 PG aufgeführten Tatbestände in Betracht, also gewerbsmäßige Ausführung der Erfindung und, sofern sie ein Erzeugnis betreffen, Verkauf, Feilhalten, Inverkehrbringen oder gewerbsmäßiger Gebrauch desselben. Bei den Anhängern eines Genußrechtes sind wiederum zwei Meinungen zu unterscheiden. Die überwiegende Mehrzahl legt dem Erfinder das ausschließliche, grundsätzlich unbeschränkte Recht zur Benutzung seiner Erfindung bei [1]). Dieses Genußrecht wird hergeleitet aus analoger Behandlung der Erfindung mit dem Eigentum, welches sich, wie Beuttner [2]) bemerkt, aber auch im Hinblick auf das Urheberrecht an literarischen und künstlerischen Werken rechtfertige. Auch dort werde ein ausschließliches Genußrecht an diesen Werken an die einfache Tatsache der Urheberschaft geknüpft.

Es drängt sich die Frage auf, welche Vorteile aus einer Patentanmeldung für den Erfinder denn noch resultieren würden. Darauf wird geantwortet, daß das Patent nicht bloß seine eigene, sondern die Erfindung überhaupt schütze, also auch gegenüber

[1]) Vgl. statt Vieler Hirsch, S. 47.
[2]) Beuttner, S. 17.

demjenigen Schutz biete, der als sog. Doppelerfinder zu der gleichen Erfindungsidee gelangt sei. Engländer[3]) bezeichnet deshalb diesen Teil des Erfinderrechtsinhaltes als eine „nicht ausschließliche" Befugnis des Erfinders zur gewerbsmäßigen Benutzung seiner Erfindung, die sich nach üblicher Auffassung durch die Patenterteilung zur ausschließlichen Benutzungsbefugnis auswachse. Aus demselben Grunde nennt Fabian[4]) das Genußrecht an der Erfindung ein „unvollkommen-absolutes" Recht.

Wir lehnen das Bestehen eines Genußrechtes im vorstehenden Sinne ab. Ein Erfinderrecht besteht, wie wir im vorhergehenden Paragraphen dargelegt haben, nur in dem Umfange, als es vom Patentgesetz geschaffen wird. Ein Benutzungsrecht entbehrt nun aber der gesetzlichen Grundlage. Analogieschlüsse aus Eigentumsrecht und Urheberrecht sind zu verwerfen. Einem allgemeinen Recht des Erfinders auf ausschließliche Benutzung wird auch von Dunkhase[5]) die Berechtigung abgesprochen.

Die gesetzliche Sanktionierung eines Benutzungsrechtes würde m. E. zum Zweckgedanken des Patentgesetzes, das auf die Schaffung eines Ausgleiches zwischen den Interessen des Erfinders und denen der Allgemeinheit gerichtet sein soll, im Widerspruch stehen. Die Existenz eines ausschließlichen Genußrechtes würde den ethisch-urheberrechtlichen Gesichtspunkt einerseits allzustark in den Vordergrund rücken und anderseits, unter Verkennung des sozialen Gehaltes des Patentwesens, einer Mißachtung des volkswirtschaftlichen Gesichtspunktes Vorschub leisten und gleichzeitig auf die Entwicklung des gewerblichen Lebens hemmend wirken. Die natürliche Folge der fast vollkommenen Entwertung des Patentes wäre ein entsprechendes Nachlassen im Streben des Erfinders, den Patentschutz zu erlangen. Damit würde aber der wirtschaftspolitischen Absicht des Staates, den Erfinder durch Patentierung seiner Geistesschöpfung zu ihrer Offenbarung an die Allgemeinheit zu veranlassen, Abbruch getan.

Die andere Ansicht, die eine Benutzungsbefugnis des Erfinders als zum Inhalt des Erfinderrechts gehörig anerkannt wissen will, wird z. B. von Feller[6]) vertreten, trotzdem auch er, wie wir, verneint, daß das Erfinderrecht die Befugnis, Dritten die Benutzung

---

[3]) Engländer, S. 41.
[4]) Fabian, S. 19.
[5]) Dunkhase, S. 59.
[6]) Feller, S. 15.

der Erfindung zu verbieten, in sich einschließe. Selbstverständlich hat der Erfinder die tatsächliche Möglichkeit, seine Erfindung, ohne sie zum Patent anzumelden, zu benutzen und daraus Gewinn zu ziehen. Ein Recht ist das aber nicht[7]). Es ist eine bloße Verwertungsmöglichkeit, welche auf der Kenntnis der Erfindung beruht und daher jedem beliebigen Erfindungsbesitzer, dessen Kenntnis der Erfindung nicht aus eigener Urheberschaft herzurühren braucht, zukommt. Dieser „mera facultas" steht kein Recht des Erfinders zur Seite, das durch eine gegen seinen Willen erfolgte Benutzung verletzt würde und eine entsprechende Sanktion nach sich zöge. Der Erfinder muß die Verwertung seiner Erfindung durch Andere dulden. Recht aber ist — um mit Ihering zu reden — „rechtliche Sicherheit des Genusses"[8]). Ein Genußrecht hätte ein Verbietungsrecht gegenüber Dritten zur Voraussetzung. Ein solches hat der Erfinder ebensowenig wie der bloße Erfindungsbesitzer. Dem Recht auf das Patent als weiteren Inhalt eine Benutzungsbefugnis an der Erfindung beizugesellen, ist deshalb verfehlt. Das Erfinderrecht umfaßt nur solche Rechte, die im Vergleich zu den Erfindungsbesitzern dem Erfinder als ein Plus zukommen und die er demzufolge letzteren gegenüber geltend zu machen in der Lage ist; mit andern Worten: als Inhalt des Erfinderrechts kommen nur Rechte absoluter Natur in Frage.

Der Benutzungsbefugnis kommt auch dadurch nicht etwa besondere Bedeutung zu, daß der Erfinder im Falle einer Patenterteilung an eine andere Person das Vorbenutzungsrecht des Art. 8 PG erwirbt. Zum Vorbenutzungsrecht genügt einerseits nicht die Tatsache der Erfinderschaft und anderseits ist Erfinderqualität nicht erforderlich. Der Umstand, daß das Vorbenutzungsrecht nicht als ein Bestandteil des Erfinderrechts Geltung beanspruchen kann, hindert selbstverständlich nicht, daß es der Erfinder gegebenenfalls zu seinem Schutze geltend machen kann.

Gierke[9]) betrachtet als Ausfluß des Erfinderrechts ferner die Befugnis des Erfinders, über die Erfindung durch Veröffentlichung zu verfügen. Diese kann jedoch ebensowenig wie die Benutzungsbefugnis und das Vorbenutzungsrecht als neben dem Recht auf das Patent zum Inhalt des Erfinderrechts gehörig betrachtet werden. Mit dieser Feststellung soll indessen nicht etwa ein Schutz des Er-

[7]) Vgl. Buchli, S. 20.
[8]) Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. 3, I, S. 328.
[9]) Gierke, S. 848.

finders vor einer Veröffentlichung seiner Erfindung durch Unbefugte verneint werden. Denn durch eine solche würde gemäß Art. 4 PG die Neuheit und damit die Patentfähigkeit der Erfindung zerstört, sodaß der Tatbestand einer Verletzung des Rechtes auf das Patent erfüllt wäre.

Endlich sei nochmals darauf hingewiesen, daß das Persönlichkeitsrecht des Erfinders m. E. nicht dem Erfinderrecht als dessen Bestandteil untergeordnet werden darf.

§ 10. Die rechtliche Natur des Erfinderrechts.

Wir haben in § 7 die gegensätzlichen privatrechtlichen Meinungen, die sich um die Erklärung des Wesens des Erfinderrechts bemühen, bereits in gedrängter Weise zur Darstellung gebracht. Nachdem wir den Inhalt des Erfinderrechts als das Recht des Erfinders auf das Patent festgelegt haben, erübrigt sich eine gesonderte Stellungnahme zu jeder einzelnen dieser Theorien, weil die Divergenz in den Anschauungen über die rechtliche Natur ihre Wurzel zumeist in der unterschiedlichen Auffassung vom Inhalt des Erfinderrechts hat.

Infolge der Eliminierung persönlichkeitsrechtlicher Elemente aus dem Erfinderrecht, kann es sich bei dem Recht an dem immateriellen Rechtsgut der Erfindung nur um ein reines Vermögensrecht handeln. Das Recht, auf seine Erfindung ein Patent erlangen zu können, dient den materiellen Bedürfnissen des Erfinders und verkörpert einen Vermögens- oder Geldwert, welcher als äußeres Kennzeichen des Vermögensrechtes betrachtet wird[1]). Das Erfinderrecht hat, wie es der Begriff des Vermögensrechts im Gegensatz zum Persönlichkeitsrecht erfordert, ein Vermögensinteresse zum Gegenstand. Dafür, daß das Recht auf das Patent als Vermögensrecht zu bezeichnen ist, spricht vor allem die Tatsache, daß es — worauf das Wort „Rechtsnachfolger" in den Art. 16, Ziff. 2 und 20, Abs. 1 PG hinweist — vom Gesetzgeber frei übertragbar gestaltet worden ist und somit Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs sein kann.

Ich bezeichne das Erfinderrecht als ein *reines* Vermögensrecht. Es soll damit zum Ausdruck gebracht werden, daß der Begriff des Erfinderrechts in keiner Weise mit demjenigen des Persönlichkeitsrechts zusammenfalle. Diese Feststellung bezieht sich auf das

[1]) Vgl. von Tuhr, Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S. 314.

schweizerische Recht. Denn das begriffliche Verhältnis des Erfinderrechts zu den Persönlichkeitsrechten kann nicht in allgemeingültiger Weise festgelegt werden. Bei der Untersuchung desselben müssen wir vom Rechtzustand zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Orte ausgehen [2]).

Es kann nicht verwundern, daß die Aufstellung zweier so von Grund auf verschiedener Theorien zur Erklärung der rechtlichen Natur des Erfinderrechts, wie die Theorien des Persönlichkeitsrechtes und des Vermögensrechtes es sind, Lehren entstehen ließ, die zwischen den beiden extremen Anschauungen Kompromisse zu schaffen suchten. Auf diese Weise entstanden die Theorien des gemischten Rechts, welche das Erfinderrecht einen persönlichkeitsrechtlichen und einen vermögensrechtlichen Bestandteil umfassen lassen. Sie treten in zwei Formen auf, zu deren Bezeichnung die Ausdrücke „monistisch" und „dualistisch" gebräuchlich geworden sind. In der letzteren erscheint das sog. *Doppelrecht* als ein „aus zwei selbständigen, im Wesen und der Wirkung voneinander unabhängigen Teilrechten, einem Herrschaftsrecht über ein immaterielles Gut und einem Individualrecht am eigenen Ich" [3]) bestehendes Recht. Die monistische Theorie geht noch weiter. Sie sieht in dem Mischrecht nicht ein aus zwei Teilrechten bestehendes Doppelrecht, sondern sogar ein *einheitliches Recht,* mit teils vermögensrechtlichem, teils persönlichkeitsrechtlichem Charakter. Während auf dem Gebiete des Urheberrechts die beiden Theorien ungefähr in gleicher Anzahl Vertreter gefunden haben, ist im Erfinderrecht in erster Linie die dualistische Theorie verbreitet. Sie faßt den Begriff des Erfinderrechts weiter als wir. Sie koppelt unser Erfinderrecht, in welchem sie bloß den vermögensrechtlichen Bestandteil des gemischten Rechtes sieht, mit dem Individualrecht zu dem Oberbegriff „Erfinderrecht" zusammen. Diese Vereinigung von zwei ihrem Wesen nach auseinanderstrebenden Rechtskategorien ist ein krasser methodologischer Fehler und ist entschieden abzulehnen. Mit Recht betont Melliger [4]), daß, wo die Glieder einer gegebenen Summe von Befugnissen rechtlich divergieren, zwei Rechte unterschieden werden müssen. Eine Wiedervereinigung dieser Rechte zu *einem* Rechte bringe die Einheit „Recht" um jeden brauchbaren Sinn.

---

[2]) Vgl. Melliger, S. 9, Baumann, S. 110.
[3]) Michaelis, S. 27.
[4]) Melliger, S. 81.

Oft wird mit dem Epitheton „dualistisch" eine Erfinderrechtstheorie gekennzeichnet, die ein außerhalb des vermögensrechtlichen Erfinderrechts liegendes Persönlichkeitsrecht des Erfinders annimmt. Dem Inhalt der Theorie stimme ich zu; die Benennung lehne ich ab. So angewendet würde der Ausdruck „dualistisch" lediglich auf die Zweizahl der voneinander unabhängigen Rechte, die den Erfinder schützen, hinweisen.

Zu Unrecht wird Kohler mitunter [5]) die Autorenschaft der in dem zuerst skizzierten Sinne dualistischen Erfinderrechtstheorie zugeschrieben. Kohler hat das Erfinderrecht keineswegs in ein Immaterial- und ein Individualrecht zerspalten [6]). Er versteht unter Erfinderrecht, wie aus den Ausführungen auf S. 248 ff. seines Handbuches des Deutschen Patentrechts hervorgeht, nicht die Summe von Immaterialrecht und Individualrecht, sondern bloß das Immaterialrecht, das Vermögensrecht des Erfinders. Diese Uebereinstimmung mit unsern oben gemachten Darlegungen darf jedoch nicht etwa zur Meinung Anlaß geben, wir stimmten Kohlers Immaterialrechtslehre in allen Teilen zu. Kohler legt dem Erfinderrecht einen andern Inhalt bei wie wir. Der Erfinder hat nach ihm grundsätzlich ein absolutes Recht an seinem immateriellen Gute. Dieses Recht beschränkt er indessen anderseits wiederum durch eine, trotz der im Prinzip vorgenommenen Scheidung von Erfinder- und Individualrecht, merkwürdige Verknüpfung der beiden Rechte, indem er dem Erfinderrecht nur insoweit Schutz angedeihen läßt, „als die Verletzung des Erfinderrechts zugleich eine Verletzung des Individualrechts enthält" [7]); mit andern Worten: es soll das Erfinderrecht nur solange geschützt sein, als die Erfindung ein Geheimnis ist. Hat sie aufgehört dies zu sein, so ist das Erfinderrecht schutzlos. In dieser Beziehung kann Kohler nicht beigepflichtet werden. Zur Illustration diene folgender Fall: ein Professor einer technischen Hochschule macht eine Erfindung. Er entschließt sich in selbstloser Weise, dieselbe der Allgemeinheit preiszugeben. Der erste, dem er von der Erfindung Kenntnis gibt, geht hin und meldet die Erfindung zum Patent an. Eine Geheimnisverletzung liegt nicht vor, da dem Professor der Geheimhaltungswille fehlt [8]). Dennoch kann er wegen Erfinderrechtsverletzung

[5]) Vgl. z. B. Hirsch, S. 69, Buchli, S. 13.

[6]) Gegen denselben Vorwurf bezügl. des Urheberrechts wird Kohler von Melliger (S. 83) und de Boor (S. 181) in Schutz genommen.

[7]) Kohler, Hdb., S. 261.

[8]) Vgl. weiter unten S. 52.

gegen den Patentinhaber vorgehen und gemäß Art. 16, Ziff. 2 die Nichtigkeit des Patentes bewirken.

Neben der Einteilung des Privatrechts nach den geschützten Interessen in Vermögens- und Persönlichkeitsrechte spielt in der Systematik des Zivilrechts eine erhebliche Rolle die Scheidung der subjektiven Rechte nach ihrem Inhalte in Herrschafts- und Gestaltungsrechte.

Die Herrschaftsrechte verschaffen dem Subjekt eine rechtliche Herrschaft über einen Teil der Außenwelt oder über das Verhalten eines Mitmenschen [9]). Der Inhaber eines Herrschaftsrechtes kann von andern Personen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen verlangen. Die absoluten Herrschaftsrechte schließen alle andern Personen von der Herrschaft über das betreffende Rechtsgut aus, die relativen hingegen können nur gegenüber bestimmten Personen durchgesetzt werden [10]). Ein besonderes Merkmal der Herrschaftsrechte ist ihre Verletzbarkeit. Das beherrschte Objekt kann eine Person oder eine Sache sein, auch eine unkörperliche Sache, ein immaterielles Gut. Das Patentrecht ist ein Herrschaftsrecht, und zwar ein absolutes, da es seinem Inhaber das ausschließliche Genußrecht an der Erfindung verschafft. Ueber die Natur des Rechtes aus dem Patent ist man sich denn auch einig, nicht dagegen über diejenige des Rechtes auf das Patent. Ist es ebenfalls ein Herrschaftsrecht, oder ist es etwas anderes? Engländer [11]) hat es als materiellrechtliches Gestaltungsrecht bezeichnet, das dem Erfinder die rechtliche Macht gebe, durch eigenes Handeln ein Patentrecht als absolutes immaterielles Genußrecht an seiner Erfindung für sich zu begründen. Fenkart [12]) definiert das private Gestaltungsrecht in Anlehnung an Seckel [13]) als ein subjektives Privatrecht, durch welches seinem Träger (Subjekt) die Macht, die Gestaltung eines konkreten Rechtsgebildes durch einseitigen Willensakt herbeizuführen, gewährleistet wird [14]). Seckel (S. 213) teilt die Gestaltungsrechte in zwei Kategorien. In die eine reiht er diejenigen ein, welche unmittelbar ein fremdes Rechtsverhältnis

---

[9]) Von Tuhr, Schweiz. Obligationenrecht, allgem. Teil, S. 18.

[10]) Vgl. Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1931, Bd. 1, S. 226.

[11]) Engländer, S. 44.

[12]) Fenkart, S. 12.

[13]) Seckel, in Festgabe der Jurist. Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch, Berlin 1903.

[14]) Vgl. demgegenüber Guhl, S. 20, der sich gegen die Auffassung ausspricht, daß beim sog. Gestaltungsrecht der Berechtigte „durch seinen alleinigen Willen" den Rechtserfolg herbeiführe.

„gestalten", indem sie in eine fremde Rechtssphäre eingreifen und die er daher als „Eingriffsrechte" bezeichnet und in die andere jene, die bloß die eigene Rechtssphäre des Gestaltungsberechtigten unmittelbar berühren und in eine fremde Rechtssphäre überhaupt nicht eingreifen, von Seckel „Eigengestaltungs"- oder „Zugriffsrechte" genannt. In letztere Kategorie stellt Engländer [15]), zusammen mit den sog. ausschließlichen Aneignungsrechten, das Recht auf das Patent. Haustein [16]) nimmt m. E. mit Recht dagegen Stellung, diese ausschließlichen Aneignungsrechte, zu denen er das Recht auf das Patent zählt, den Gestaltungsrechten zu unterstellen. Während die Gestaltungsrechte unverletzlich sind [17]), sind die ausschließlichen Aneignungsrechte verletzbar, sie genießen Schutz gegenüber jedem Nichtberechtigten. Es sind absolute Rechte und als solche den Herrschaftsrechten zuzurechnen. Ihr Gegenstand ist das zukünftige Rechtsgut, welches der Aneignung unterliegt [18]). Das Erfinderrecht ist daher nicht, wie Buchli [19]) meint, ein absolutes Herrschaftsrecht über die Erfindung, sondern ein solches an dem zukünftigen Rechtsgut des Patentes. Wird dieses Recht zur Aneignung oder besser zum Erwerb des Patentes gestört oder vereitelt, so kann der Erfinder zu den im 1. Kapitel des speziellen Teils zu behandelnden Rechtsmitteln greifen.

Manche [20]) bezeichnen das private Recht des Erfinders auf das Patent als Anwartschaftsrecht. Die Charakterisierung des Erfinderrechts als Herrschaftsrecht kennzeichnet den Inhalt der Rechtsmacht des Erfinders. Die Bezeichnung als Anwartschaftsrecht hingegen weist auf den Zustand des Rechtes, auf die Beziehung der Rechtsmacht zur Zeit hin. Das Anwartschaftsrecht ist ein im Werden begriffenes Recht. Es hat keinen selbständigen Rechtsinhalt, sondern trägt als künftiges Recht immer nur den Charakter des Vollrechts [21]). Das Erfinderrecht nimmt nun aber, gleich wie das Patentrecht, welchem nach dieser Meinung der Charakter des Vollrechts zukommen müßte, am Rechtsverkehr teil, indem es veräußert, vererbt und verpfändet werden kann. Es hat einen selbständigen Rechtsinhalt und ist demnach kein bloßes Anwartschaftsrecht.

---

[15]) Engländer, S. 48 f.
[16]) Haustein, S. 64 f.
[17]) Vgl. von Tuhr, deutsches Bürgerl. R. Bd. 1, S. 170 und S. 244.
[18]) So auch Haustein, S. 63 und S. 65.
[19]) Buchli, S. 21.
[20]) Beuttner, S. 15; Kisch, S. 51; Klauer-Möhring, Komm. 1937, § 3, Anm. 4, S. 121; von Tuhr, deutsches Bürgerl. Recht, Bd. 1, S. 181.
[21]) von Tuhr, deutsches Bürgerl. Recht, S. 217.

In Art. 16, Ziff. 2 und Art. 20, Abs. 1 PG spricht der Gesetzgeber vom „Anspruch" auf die Erteilung des Patentes. Der Ausdruck „Anspruch" ist irreführend. Soll darunter der öffentlichrechtliche Anspruch gegenüber dem Patentamte verstanden werden? Offenbar nicht, denn es ist ja von der materiellrechtlichen Berechtigung des Erfinders auf das Patent die Rede. Es liegt aber auch kein privatrechtlicher Anspruch, der von einem Andern ein Tun oder Unterlassen verlangt, vor. Ansprüche entstehen zwar nicht bloß aus Schuldverhältnissen, sondern auch aus absoluten Rechten, allerdings nicht ohne weiteres aus dem Verbote der Störung. Denn der „Andere", von dem ein Tun oder Unterlassen verlangt wird, muß eine *bestimmte* Person sein. Von einem Dritten, der gar nicht daran denkt, mein absolutes Recht zu verletzen, kann man zwar sagen, daß ihm der Eingriff in meine Rechtssphäre verboten ist, nicht aber, daß ich etwas von ihm verlangen kann[22]). Eine rechtliche Beziehung kommt erst zu Stande, wenn der Dritte widerrechtlich in den Herrschaftsbereich des ausschließlich Berechtigten übergreift. Es kann sich daher an den angeführten Gesetzesstellen weder um einen öffentlichrechtlichen noch um einen privatrechtlichen Anspruch im technischen Sinne handeln. Die unglücklich gewählte Bezeichnung „Anspruch" ist durch „Recht" zu ersetzen. Der deutsche Patentgesetzgeber von 1936 hat richtigerweise die Wendung „Recht auf das Patent" gewählt.

---

[22]) von Tuhr, deutsches Bürgerl. Recht, § 15, S. 242.

3. Kapitel:

Das Persönlichkeitsrecht des Erfinders.

§ 11. Die gesetzliche Grundlage des Erfinderpersönlichkeitsrechtes.

In § 10 der Abhandlung haben wir das Erfinderrecht als reines Vermögensrecht bezeichnet und die Meinung abgelehnt, daß das Erfinderrecht auch eine persönlichkeitsrechtliche Seite aufweise. Wir haben aber auch schon erwähnt, daß *neben* dem Erfinderrecht das Persönlichkeitsrecht die individuellen Interessen des Erfinders zu schützen vermöge, daß der *Rechtsschutz* des Erfinders sich also aus Erfinder- und Persönlichkeitsrecht zusammensetze. Der individualrechtliche[1]) Schutz des Erfinders besteht ebensogut wie der entsprechende Schutz des Urhebers eines Geisteswerkes, welcher für diesen durch Art. 44, Satz 2 UG zwar ausdrücklich vorbehalten wird, jedoch auch ohne diese Bestimmung vorhanden wäre.

Die Norm, auf die sich das Persönlichkeitsrecht des Erfinders gründet, ist der den allgemeinen Persönlichkeitsschutz statuierende Art. 28, Abs. 1 ZGB: „Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen". Man geht wohl nicht fehl, wenn man mit Specker[2]) und Melliger[3]) das vom Gesetzgeber gewählte Wort „Verhältnis" mit „Gut" identifiziert. Jedes persönliche Gut, auf das sich menschliche Interessen erstrecken können, wird vom Persönlichkeitsschutz des Art. 28 ZGB erfaßt. Objekt des Persönlichkeitsschutzes ist die Person an sich. Diese hat nicht ein Recht an den verschiedenen einzelnen Rechtsgütern, sondern vielmehr ein Recht, das dahin geht, daß sie selbst in Bezug auf diese geschützt werde. Sie hat ein subjektives Recht auf Achtung und Geltung in jeder Beziehung. Es ist dies das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das sowohl in der

[1]) Die Ausdrücke „Persönlichkeitsrecht" und „Individualrecht" besagen dasselbe.

[2]) Specker, S. 43.

[3]) Melliger, S. 19.

schweizerischen Doktrin[4]) als auch in der Praxis[5]) Anerkennung findet[6]). Die einzelnen Befugnisse, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Teilrechte in sich schließt, werden als die besonderen oder Einzelpersönlichkeitsrechte bezeichnet[7]).

Das Persönlichkeitsrecht des Erfinders ist eine Erscheinungsform dieses allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Es bezieht sich auf den Komplex derjenigen persönlichen Güter, die sich an das Entstehen der Erfindung knüpfen.

§ 12. Inhalt und Umfang des Erfinderpersönlichkeitsrechtes.

Der Erfinder hat das Recht auf Schutz seiner Person in Bezug auf die Rechtsgüter, die ihm aus seiner Erfindertätigkeit erwachsen. Es sind dies in zwei Worte gefaßt: Geheimsphäre und Erfinderehre. Werden sie verletzt, so ist der Erfinder in seiner Persönlichkeit verletzt.

I. Die Geheimsphäre.

a) Die Geheimsphäre im allgemeinen.

Unter „Geheimsphäre" versteht man die Summe aller Tatsachen, die weder allgemein bekannt, noch allgemein wahrnehmbar sind und es nach dem Willen des Berechtigten auch nicht werden sollen[8]). Das einzelne Glied dieser Summe, die einzelne Tatsache, bezeichnet man als das Geheimnis. Der Grund, warum die Rechtswissenschaft bei ihrer Betrachtung nicht von diesem volkstümlichen Begriff ausgehen kann, liegt, wie Giesker (S. 2) zutreffend bemerkt, darin, daß sie auf die Person des Geheimnisberechtigten abstellen muß, im Gegensatz zum alltäglichen, bürgerlichen Leben, dem es nur darauf ankommt zu wissen, ob eine Tatsache „Geheimnis" im objektiven Sinne sei oder nicht. Dazu kommt, daß das Wort „Geheimsphäre" zum Ausdruck bringt, daß das in Frage stehende

---

[4]) Specker, S. 48; Melliger, S. 23; Komm. Hafter N 1 zu Art. 28; Komm. Egger N 47 zu Art. 28.

[5]) Vgl. BGE 32 I 366 ff., 39 II 267, 44 II 320.

[6]) In Deutschland sind die Meinungen in der Rechtslehre geteilt. Das Reichsgericht hat es in ständiger Rechtssprechung abgelehnt, weil es dem geltenden bürgerlichen Rechte fremd sei: RGZ 69, 403; 79, 397; 107, 281; 113, 414.

[7]) Vgl. Melliger, S. 23 und Specker, S. 48.

[8]) Vgl. Giesker, S. 1, Specker, S. 78, Egger, Kommentar N 39 zu Art. 28.

Rechtsgut aus einem Komplex einzelner Geheimnisse besteht, die sich um den Berechtigten, als ihr Mittelpunkt, herumgruppieren.

Die Geheimsphäre äußert sich, wie aus unserer Definition ersichtlich, nach zwei Richtungen: einer objektiven und einer subjektiven. Die objektive Seite besteht darin, daß eine Tatsache, soll sie der Geheimsphäre angehören, weder allgemein bekannt, noch allgemein wahrnehmbar sein darf [9]). Allgemeine Bekanntheit ist Offenkundigkeit. Erforderlich ist also Ausschluß der Offenkundigkeit. Das Wissen einzelner individuell bestimmter Personen um eine Tatsache schadet der Geheimheit derselben nicht [10]). Von einem geheimen Liebesverhältnis haben schon notwendigerweise zwei Kenntnis; aber auch Freund, Freundin, Logisgeberin und Mutter können eingeweiht sein. Trotzdem bleibt es geheim, solange die Allgemeinheit davon keine Kenntnis hat. Anderseits setzt Offenkundigkeit nicht voraus, daß jedermann die Tatsache kenne. Es genügt die Kenntnis eines unbestimmten, vom Willen des Geheimnisträgers nicht mehr zu umgrenzenden Kreises daran interessierter Personen. Ist dieser der Natur der Sache nach klein, so bewirkt unter Umständen schon die Kenntnis Weniger Offenkundigkeit. Ist er groß, so ist Kenntnisnahme durch eine entsprechend größere Personenzahl erforderlich.

Der tatsächlichen Kenntnisnahme ist die bloß mögliche, die Wahrnehmbarkeit, gleichzusetzen. Offenkundig sind daher nicht nur Tatsachen, von denen sämtliche Interessierten wirklich Kenntnis haben, sondern auch solche, die für sie bloß wahrnehmbar sind. Wahrnehmbarkeit schlechthin genügt nun m. E. allerdings nicht zur Zerstörung des Geheimnisses. Die Zugänglichkeit muß dem interessierten Personenkreis bekannt sein [11]). Eine Oase in der Wüste, abseits von der Marschrichtung einer verirrten, durstenden Karawane gelegen, ist, wenn sie von ihrer Existenz nichts weiß, für diese unzugänglich, so leicht sie auch hätte erreicht werden können.

Die subjektive Seite der Geheimsphäre besteht darin, daß die Person, welche eine Tatsache vor allgemeiner Bekanntheit und Wahrnehmbarkeit bewahrt hat, den Willen hat, ihr diese Eigenschaften zu erhalten. Eine nicht offenkundige und nicht allgemein zugängliche Tatsache stellt demnach nicht immer ein Geheimnis

---

[9]) Vgl. BGE 64 II 171.
[10]) Vgl. BGE 65 I 50.
[11]) Gleicher Meinung J. L. Seligsohn, S. 17.

dar, sondern *kann* ein solches bilden. Der Geheimhaltungswille macht das bloß mögliche zum wirklichen Geheimnis. Ausdrückliche Erklärung ist nicht nötig, er kann sich auch aus konkludenter Handlung, z. B. Abschließen einer Türe, ergeben; oft wird er sich von selbst verstehen.

b) Die Geheimsphäre des Erfinders im Besonderen.

Jede Person hat ihre Geheimsphäre und jede hat das Recht, daß sie gegenüber Angriffen auf diese geschützt werde. Ihr Inhalt ist entsprechend der Eigenheit eines jeden Menschen von Individuum zu Individuum verschieden. Bei dem einen setzt sie sich aus einer größeren Zahl geheimer Tatsachen zusammen, bei einem andern aus einer kleinern. Bei dem einen fallen auch Tatsachen der beruflichen Tätigkeit in die Geheimsphäre, bei dem andern ist sie auf sein privates Leben beschränkt.

Wenn wir von der Geheimsphäre des Erfinders sprechen und damit die Geheimsphäre einer bestimmten Kategorie von Personen hervorheben, so wird damit lediglich auf das eine gemeinsame Glied in der langen Kette der Geheimnisse hingewiesen, welches die Geheimsphäre der Erfinder gegenüber derjenigen anderer Individuen auszeichnet: das Geheimnis an der Erfindung. Ob der Erfinder seine geheime Erfindung gewerblich verwerte oder nicht, ist ohne Bedeutung. Verwertet er sie in einem Fabrikationsbetrieb, so stellt sie, wie jedes andere im Betriebe verwertete Geheimnis, ein Fabrikationsgeheimnis dar. Das Bundesgericht hat sich in 64 II 169 wie folgt ausgedrückt: „Der Inhaber eines Fabrikationsgeheimnisses ist in einer ähnlichen Rechtslage wie der Inhaber einer eigentlichen Erfindung vor deren Anmeldung oder Patenterteilung, solange die Erfindung geheim gehalten wird. Er genießt keinen durch Spezialgesetz verstärkten Rechtsschutz, sondern ist auf die allgemeinen Rechtsnormen angewiesen". Richtig verhält es sich jedoch so, daß der Erfinder im Unterschied zum Inhaber irgend eines beliebigen Fabrikationsgeheimnisses auch spezialrechtlichen Schutz genießt, nämlich dann, wenn das Erfinderrecht verletzt wird, daß aber abgesehen hievon die Rechtslage nicht bloß eine analoge, sondern dieselbe ist, indem der Erfinder jedem andern Geheimnisträger gleichzusetzen ist. Die Voraussetzungen für das Bestehen des Erfindungsgeheimnisses sind deshalb dieselben wie für das Geheimnis im Allgemeinen: Ausschluß der Offenkundigkeit und Geheimhaltungswille.

Selbstverständlich können auch nicht patentfähige Neuerungen Geheimnis ihres Schöpfers sein. Die Geheimhaltung ist hier sogar von besonderer Bedeutung, weil sie die einzige Möglichkeit zur Ausschließung Anderer von der Benutzung darstellt. Uns interessiert jedoch lediglich die patentfähige Erfindung vor der Anmeldung, die in diesem Stadium „die höchste Stufe des technischen Geheimnisses bildet“ [12]). Eine ursprünglich patentfähige Erfindung wird durch den Verlust der Neuheit in der Regel gleichzeitig des Geheimcharakters beraubt werden. Ausnahmen sind immerhin denkbar. Nicht mehr neu im Sinne des Art. 4 PG und trotzdem nicht offenkundig ist beispielsweise eine Erfindung, die in einem alten, von niemandem mehr beachteten Schriftwerk dargelegt ist. Selbst eine neue schriftliche Veröffentlichung der Erfindung schadet ihrer Geheimheit nicht, falls die Beschreibung an einer Stelle erfolgt, wo sie der Wahrnehmbarkeit der Interessenten entzogen ist.

Ausnahmen im umgekehrten Sinne, d. h. Fälle, wo Offenkundigkeit nicht Neuheitsschädlichkeit nach sich zieht, sind, im Gegensatz zum deutschen Recht, nach schweizerischem Recht deshalb sehr selten, weil nach Art. 4 PG nicht bloß offenkundige Benutzung, wie nach deutschem Patentgesetz (§ 2), sondern jede Art des Offenkundigwerdens neuheitsschädlich wirkt. Der theoretisch einzig mögliche Fall einer trotz eingetretener Offenkundigkeit neuen Erfindung liegt dann vor, wenn die Offenkundigkeit auf das Ausland beschränkt ist. Neu, aber der Geheimsphäre des Erfinders entrückt, ist eine Erfindung natürlich auch dann, wenn die subjektive Voraussetzung, der Geheimhaltungswille des Erfinders fehlt.

Offenkundig ist eine Erfindung, wenn sie einem vom Erfinder nicht mehr kontrollierbaren Interessenkreis bekannt oder wahrnehmbar ist. Das Einweihen bestimmter Personen oder eines bestimmten Personenkreises, z. B. der Angestellten des ganzen oder eines einzelnen Zweiges des Unternehmens zwecks Ausprobierens oder Verwertung der Erfindung entzieht diese nicht der Geheimsphäre des Unternehmers. Sobald jedoch die Kenntnis oder die Wahrnehmbarkeit über den Kreis der zur Diskretion verpflichteten Personen hinausdringt, ist die Erfindung als offenkundig anzusehen [13]). Bekanntsein und Wahrnehmbarkeit setzen eine derartige Kenntnis, bzw. Möglichkeit der Kenntnisnahme voraus, die die an

[12]) Vgl. J. L. Seligsohn, S. 65.
[13]) Vgl. BGE 35 II 642, 43 II 113, E. Zür. H. G. in Bl. f. Z. R., Bd. 4, S. 269.

der Erfindung interessierten Personen in den Stand setzt, die Erfindung benutzen zu können[14]). Wenn eine Maschine unter ihrer Verschalung eine geheime Erfindung birgt, so macht der Umstand, daß die Maschine den Blicken von Interessenten nicht entzogen wird, die Erfindung nicht offenkundig. Aber selbst wenn nichts die Erfindung dem Auge verbirgt, bleibt diese dennoch Geheimnis, wenn die bloße Betrachtung sie dem Verständnis des Interessenten, vielleicht weil die Maschine sich nicht in Betrieb befindet, nicht zu offenbaren vermag.

Da die offenkundige Erfindung infolge mangelnder Neuheit nicht mehr patentfähig ist, hat der Erfinder, der — früher oder später — seine Erfindung patentieren zu lassen gedenkt, regelmäßig auch den Geheimhaltungswillen.

II. Die Erfinderehre.

Neben dem Recht auf Achtung der Geheimsphäre hat der Erfinder als weiteres Individualrecht das Recht auf Anerkennung seiner Erfinderschaft. Erfinderschaft ist jene Eigenschaft, die jemanden als den Schöpfer einer bestimmten Erfindung bezeichnet[15]).

Man hat in diesem Zusammenhange den Begriff der „Erfinderehre" geprägt und seine Anwendung ist allgemein üblich geworden. Verschiedene Autoren haben diese Bezeichnung als unzutreffend und irreführend abgelehnt[16]) und man wünscht sie z. B. durch „Erfinderruhm" zu ersetzen[17]). Der Streit um die richtige Bezeichnung entspringt den voneinander abweichenden Ansichten bezüglich des Begriffs der Ehre[18]). Versteht man darunter „das Ergebnis des Niederschlags aller charakterlichen und sittlichen Eigenschaften eines Menschen auf die Umwelt"[19]), so ist begreiflich, daß man eine besondere Ehre des Erfinders, die diesen über die andern Personen emporhebt, nicht anerkennen kann, weil die so verstandene Ehre unabhängig ist von dem Grade der Fähigkeiten, über die ein Mensch verfügt. Versteht man unter Ehre indessen das Ansehen, die Achtung, den guten Ruf, deren ein Mensch sich

---

[14]) Dieser Gedanke ist in Art. 4 PG expressis verbis enthalten, in dem verlangt wird, daß die Ausführung der Erfindung durch Fachleute möglich sei.

[15]) Vgl. Specker, S. 76.

[16]) Vgl. Wenk, S. 5 ff. und die von ihm unter Anm. 26 Zitierten.

[17]) So Wenk, S. 8.

[18]) Es steht hier nur die sog. äußere, subjektive Ehre zur Diskussion. Vgl. Specker, S. 82, Buchli, S. 94.

[19]) Siehe Wenk, S. 6.

bei seiner Umgebung erfreut[20]), so ist gegen den Ausdruck „Erfinderehre" nichts einzuwenden, da die Erfinderschaft der Ehre in diesem Sinne zweifellos förderlich ist.

Eine Verletzung der Erfinderehre kann auf verschiedene Arten geschehen. Als die beiden Hauptfälle seien angeführt die Tatbestände, daß ein Nichterfinder durch Bezeichnung der eigenen Person als Erfinder sich die Urheberschaft an der Erfindung anmaßt oder dem Erfinder wenigstens das Recht, sich als solcher zu bezeichnen, abstreitet.

Große Bedeutung hat die Erfinderehre für den Dienstpflichtigen, dessen in Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit gemachten Erfindungen unter den in Art. 343 OR genannten Voraussetzungen dem Dienstherrn gehören. Letzterer meldet die Erfindung auf seinen Namen an. Der Name des Erfinders wird im patentamtlichen Verfahren des geltenden schweizerischen Rechts vollkommen unterdrückt. Dieser hat indessen ein bedeutendes Interesse daran, als Erfinder bekannt zu werden, wird doch zumeist seine berufliche und ökonomische Besserstellung davon abhängig sein. Das Persönlichkeitsrecht gewährt ihm lediglich Schutz gegenüber falschen Erfindernennungen. Seine berechtigte Forderung geht jedoch weiter. Es soll der Geschäftsherr, in dessen Unternehmen eine Erfindung gemacht wird, verpflichtet sein, bei der Anmeldung der Erfindung zum Patent den Namen des Erfinders bekannt zu geben, sodaß ihn das Amt in die Patenturkunde aufnehmen kann und er in der Folge durch deren Veröffentlichung den Interessenten zugänglich wird. Es ist zu wünschen, daß der Gesetzgeber bei einer zukünftigen Revision des Patentgesetzes dieses Postulat der Billigkeit berücksichtigen werde. Das deutsche Gesetz vom 5. Mai 1936 hat ihm Rechnung getragen, indem es bei jeder Patentanmeldung die Angabe des Namens des Erfinders fordert[21]), damit derselbe in den amtlichen Verlautbarungen über die Patentierung genannt werden kann. Der Erfinder selbst ist jeder Initiative zur Geltendmachung der Nennungsbefugnis enthoben, ein Umstand, der für den angestellten Erfinder, dem die wirtschaftliche Abhängigkeit bei der Geltendmachung seines Rechts unter Umständen im Wege stände, von Bedeutung ist. In den angelsächsischen Ländern sind Bestimmungen über die Erfindernennung deshalb nicht nötig, weil

[20]) So Specker, S. 82; Komm. Egger, 1. Aufl., S. 105 (in der 2. Aufl. seines Komm. S. 248, stellt Egger auf den sittlichen Wert ab).

[21]) § 26, Abs. 6 d. PG.

ihre Anmeldungssysteme zum vorneherein ein Auseinanderfallen der Person des Erfinders und des Anmelders ausschließen; denn sowohl in England als auch in den Vereinigten Staaten von Amerika kann bekanntlich nur der wahre Erfinder eine Erfindung zum Patent anmelden.

Wir müssen uns versagen, näher auf das Persönlichkeitsrecht der Erfinderschaftsanerkennung oder das darüber hinausgehende Problem der obligatorischen Erfindernennung bei der Angestelltenerfindung einzugehen [22]). Letzteres bewegt sich überhaupt außerhalb des Rahmens unserer Abhandlung und ersterem kommt innerhalb desselben nur eine sehr untergeordnete Bedeutung zu. Aeußerungen bezüglich der Erfinderschaft kommen regelmäßig nur in Verbindung mit der Nennung einer bestimmten Erfindung vor, was logischerweise ein Bekanntsein derselben voraussetzt, mag nun die Bekanntgabe durch Veröffentlichung in der Patentschrift oder durch Preisgabe an die Oeffentlichkeit ohne Patentierung erfolgt sein. Denkbar ist immerhin auch eine Verletzung der Erfinderehre mit Bezug auf eine geheim gehaltene Erfindung. Wird z. B. das Produkt eines geheimen chemischen Verfahrens zum Verkauf an die Oeffentlichkeit gebracht und von einem Andern behauptet, er sei der Hersteller dieses Erzeugnisses, so maßt er sich indirekt die Erfinderschaft an. Der Erfinder, der ein Verfahren zunächst unter Wahrung des Geheimnisses ausbeutet, wird allerdings selten ein Interesse daran haben, daß sein Name schon zu diesem Zeitpunkte in der Oeffentlichkeit bekannt werde, ja es kann ihm unter Umständen sogar erwünscht sein, wenn ein anderer sich als Erfinder ausgibt, indem dadurch vielleicht die Aufmerksamkeit gefährlicher Konkurrenten von ihm abgelenkt wird.

---

[22]) Ausführlicher Buchli, S. 93 ff.

Der Schutz des Erfinders gegen Verletzer seiner Rechte.

§ 13. Vorbemerkung.

Verdient der Erfinder, der es versäumt, seine Erfindung rechtzeitig zum Patent anzumelden, überhaupt einen Schutz? Läßt sich insbesondere eine Rücksichtnahme auf jenen Erfinder rechtfertigen, der gar nicht daran denkt, der Allgemeinheit durch Bekanntgabe seines Erfindungsgedankens einen Dienst zu erweisen, sondern lediglich auf seinen Vorteil bedacht ist? Denn ein Schutz wirkt sich gleichermaßen auf den aus, der eine Anmeldung beabsichtigte, wie auf den, der die Erfindung für sich behalten wollte. Eine Differenzierung in der Weise, daß man nur denjenigen des Schutzes teilhaftig werden ließe, der seine Erfindung zur Anmeldung zu bringen gedachte, sobald der richtige Zeitpunkt hiezu gekommen sein würde, ist unmöglich. Das Gesetz statuiert auch gar keine Pflicht zur Anmeldung. Es überläßt es dem Gutdünken des Erfinders, ob er seine Geistesschöpfung durch ein Patent schützen lassen will. Der Entwender braucht übrigens nicht schonender behandelt zu werden, weil der Erfinder vorzog, seinen Erfindungsgedanken als Geheimnis zu verwerten.

Die Anmeldung kann nun aber unterblieben sein, weil der Erfinder gar nicht in der Lage war, dieselbe vorzunehmen; es können ihn z. B. Mittellosigkeit oder Krankheit daran verhindert haben. Möglicherweise hat er seine Erfindung nicht für patentfähig gehalten. Man kann sich auch den Fall denken, daß der Erfinder seine Erfindung als noch nicht zur Veröffentlichung reif angesehen hat und noch weitere Verbesserungen daran anbringen wollte, ein Umstand, der uns die Wichtigkeit eines ausreichenden Schutzes der nicht patentierten Erfindung vor Augen führt. Einer Uebereilung in der Anmeldung noch nicht ausgereifter und in keiner Weise

erprobter Erfindungen entgegenzuwirken, liegt nämlich nicht nur im Interesse des Erfinders, sondern noch viel mehr in demjenigen der Industrie und der Allgemeinheit. Ueberhaupt kann es allgemein der Tätigkeit des Erfinders nur förderlich sein, wenn er weiß, daß er gleich mit dem Entstehen der Erfindung einer Entwendung derselben durch einen Dritten nicht schutzlos preisgegeben ist. Der Schutz ist für den Erfinder insbesondere dann von größter Wichtigkeit, wenn er vor der Patentanmeldung zwecks Ausbildung der Erfindung durch Versuche, Bestellungen von Apparaten usw. gezwungen war, Dritten in sein Geheimnis Einblick zu geben.

1. Kapitel:

Der Schutz des Erfinders aus Erfinderrecht.

§ 14. Die Erfinderrechtsverletzungen und ihre Sanktion im Allgemeinen.

Voraussetzung für den speziellen Schutz des Erfinders, welcher in diesem Kapitel behandelt werden soll, ist eine Verletzung des Erfinderrechts.

Es ist ungenau, von einem „Schutze der Erfindung" zu sprechen. Die Erfindung, d. h. der Erfindungsgedanke, ist überhaupt nicht verletzbar. Zwar kann jemand auf widerrechtliche Weise zur Kenntnis der Geistesschöpfung des Erfinders gelangen; der Gedanke selbst wird dadurch jedoch nicht beeinträchtigt. Die Lösungsidee kommt dem Berechtigten nicht abhanden durch den Umstand, daß sie auch von Andern benutzt wird. Anders verhält es sich mit den körperlichen Gegenständen, z. B. den Modellen und Zeichnungen, in denen die Erfindung sichtbaren Ausdruck findet. Diese können beschädigt oder vernichtet werden. Mag damit unter Umständen auch die Kenntnis der Erfindung verloren gehen, so wird dadurch jedenfalls die Existenz des Gedankens nicht tangiert. Beeinträchtigt wird möglicherweise der wirtschaftliche Wert der Erfindung, z. B. durch Veröffentlichung in Druckschriften oder durch offenkundige Benutzung. In diesen Fällen verliert die Erfindung ihre Patentfähigkeit, womit das Recht an der Erfindung untergeht. Wirtschaftlich geschädigt wird somit derjenige, dem das Recht auf die Patenterlangung zugestanden hätte, der Erfinder. Zu schützen ist also das Recht des Erfinders auf das Patent, das wir als Erfinderrecht bezeichnet haben.

Die wichtigste Verletzungshandlung besteht darin, daß ein Nichtberechtigter die Erfindung für sich zum Patent anmeldet. Diesen Tatbestand hat der Patentgesetzgeber berücksichtigt, indem er dem Verletzten zwei Klagen gibt: Die Nichtigkeitsklage nach Art. 16, Ziff. 2 und die Klage auf Abtretung des Patents nach Art.

20 PG. Eine dritte Bestimmung, welche hier behandelt werden soll, betrifft das Vorbenutzungsrecht des Art. 8 PG. Im Unterschied zu den beiden vorgenannten Artikeln handelt es sich bei diesem nicht um eine Sanktion gegen eine Erfinderrechtsverletzung. Der Gesetzgeber hatte vor allem den Fall der Doppelerfindung im Auge, das ist der Tatbestand, wo ein Dritter unabhängig vom Ersterfinder dieselbe Erfindung gemacht hat. Erwirkt dieser Dritte ein Patent auf die Erfindung, so kann der Schutz der Art. 16, Ziff. 2 und 20 PG nicht zur Anwendung kommen, da das Erfordernis der unberechtigten Patentinhaberschaft fehlt. Der Patentnehmer besitzt das Patent zu Recht. Systematisch würde deshalb dieser Fall nicht hierher gehören. Da Art. 8 jedoch dem Erfinder neben den andern beiden Rechtsbehelfen unter bestimmten Voraussetzungen Schutz gewähren kann, soll er im nächsten Paragraphen ebenfalls Berücksichtigung finden.

§ 15. Der Schutz des Erfinders nach erfolgter Verletzung des Erfinderrechts.

A. Der Schutz des Erfinders aus Patentgesetz.

I. Die Klage auf Nichtigkeit des Patentes.

a) Abgrenzung der Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Urheberschaft des Patentnehmers.

Von den acht Nichtigkeitsgründen, welche Art. 16 PG aufweist, ist für uns der unter Ziffer 2 aufgeführte von Bedeutung. Er bestimmt, daß das Patent durch den Richter als nichtig zu erklären sei, „wenn der Patentnehmer weder als Urheber der Erfindung noch als dessen Rechtsnachfolger anzusehen ist, noch aus andern Rechtsgründen Anspruch auf Erteilung des Patentes hatte". Wir haben diesen Wortlaut, in Verbindung mit Art. 20 PG oben (in § 8) bereits einmal, zum Nachweis der Existenz des Erfinderrechts, herangezogen.

Die Nichtigkeitsklage des Art. 16, Ziff. 2, wie auch die Klage auf Abtretung des Patentes haben die Funktion, da korrigierend zu wirken, wo ein nichtberechtigter Patentnehmer in den Genuß des Patentschutzes gelangt ist. Berechtigter Patentinhaber ist nicht

bloß der tatsächliche geistige Autor einer Erfindung, sondern auch sein Rechtsnachfolger, auf den der Erfinder sein Erfinderrecht, oder das Patent selbst, durch Verkauf oder ein anderes Rechtsgeschäft übertragen hat. Schließlich hat „aus anderen Rechtsgründen" derjenige Anspruch auf ein Patent, der eine Erfindung durch einen Beauftragten oder in seinen Diensten stehenden Dritten für sich machen läßt[1]). Hat ein Anderer durch seine Anmeldung Patentschutz erwirkt, so hat er das Recht des Erfinders auf das Patent, bzw. dasjenige seines Rechtsnachfolgers oder Dienstherrn, verletzt. Im Rahmen unserer Arbeit interessiert uns der erstgenannte Fall, wo der Erfinder der Verletzte ist, währenddem in den beiden andern Fällen dem Erfinder oft die Rolle des Verletzers zukommt, nämlich dann, wenn er, obschon er das Recht auf das Patent übertragen oder für einen Andern erfunden hat, das Patent durch eigene Anmeldung für sich in Anspruch nimmt.

b) Die Voraussetzungen der Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Urheberschaft des Patentnehmers.

Ein Fehlen der Urheberschaft setzt voraus, daß die Erfindung nicht vom Patentinhaber selbst stammt, sondern von einem Andern entlehnt ist. Der Nichtigkeitskläger kann sich nicht auf den Nachweis der eigenen Urheberschaft beschränken, da der Beklagte dieselbe Erfindung gemacht haben könnte, sondern er hat die Nichturheberschaft des Beklagten zu beweisen. Diesen Beweis erbringt er dadurch, daß er die Entnahme der Erfindung dartut[2]). Das deutsche Patentgesetz nimmt überhaupt nicht Bezug auf die fehlende Urheberschaft, sondern statuiert unmittelbar die Entnahme als Nichtigkeitsgrund. Gemäß § 13, Ziff. 3 d. PG wird das Patent als nichtig erklärt, wenn sich ergibt, „daß der wesentliche Inhalt der Anmeldung den Beschreibungen, Zeichnungen, Modellen, Gerätschaften oder Einrichtungen eines andern oder einem von diesem angewendeten Verfahren ohne seine Einwilligung entnommen war". Die Meinungen sind geteilt, ob diese Aufzählung als eine abschließende zu gelten habe, oder ob mit ihr bloß Beispiele der häufigsten Erscheinungsformen der Entnahme angeführt seien M. E. läßt sich, sofern unter Beschreibung auch die mündliche zu verstehen ist, bei dieser weit gewählten Formulierung

[1]) Vgl. Sten. Bull. des St. R., 1906, S. 1511.
[2]) Vgl. BGE 20 683.

kaum ein Fall denken, bei dem die Entnahme nicht auf eine der bezeichneten Arten erfolgt ist.

Unter dem Begriff „Entnahme" wird in Deutschland nicht etwa bloß Aneignung der Erfindung auf rechtswidrige Weise, z. B. durch Spionage, Vertrauensbruch oder Diebstahl der Erfindungsunterlagen verstanden. Dies könnte nach dem Wortlaut des Gesetzes, das von Entnahme ohne Einwilligung spricht, vermutet werden. Die erforderliche Rechtswidrigkeit wird jedoch, wie schon unter der Herrschaft des alten deutschen Patentgesetzes üblich war, nicht auf den Erwerb der Erfindung, sondern auf deren Anmeldung bezogen. Entnahme liegt auch vor, wenn der betr. Patentanmelder durch einen Dritten oder den Erfinder selbst von der Erfindung in Kenntnis gesetzt worden ist. Entnehmer ist demnach jeder, der die Kenntnis der Erfindung nicht eigener Urheberschaft verdankt.

Für das schweizerische Recht gelten dieselben Voraussetzungen für die Nichtigkeitsklage: Entnahme, Anmeldung durch den Entnehmer und Widerrechtlichkeit derselben. Bei der Anmeldung kommt es auf die widerrechtliche Absicht des Anmelders oder irgend einer andern Person nicht an. Eine objektiv unberechtigte Anmeldung genügt. Die bona oder mala fides spielt keine Rolle. Auch der gutgläubige Rechtsnachfolger des Entnehmers ist der Nichtigkeitsklage unterworfen. Widerrechtlichkeit ist lediglich im Falle der Einwilligung des Berechtigten in die Anmeldung ausgeschlossen.

Eine völlige Identität zwischen der angemeldeten und der entnommenen Erfindung ist nicht nötig, wird doch gerade der böswillige Entnehmer, um sich gegenüber dem Vorwurfe der Entnahme zu rechtfertigen, zumeist gewisse Aenderungen anzubringen bestrebt sein. Handelt es sich aber um Verbesserungen, die für sich allein Erfindungscharakter besitzen, die Erfindung daher nur zu einem Teil entnommen ist, so kann der Anmelder ein auf den von ihm selbst herrührenden, erfinderischen Ueberschuß beschränktes, sog. abhängiges Patent erlangen. Da der Nichtigkeitsgrund in diesem Falle nur für einen Teil der patentierten Erfindung zutrifft, so wird das Patent gemäß Art. 16, Abs. 2 PG entsprechend beschränkt, und zwar von Amtes wegen [3]).

Die Entnahme braucht nicht unmittelbar zwischen dem Anmelder und dem Verletzten vor sich gegangen zu sein. Der Anmelder

---

[3]) BGE 65 II 272.

kann die entwendete Erfindung direkt oder indirekt durch einen oder durch verschiedene Mittelmänner erhalten haben. In beiden Fällen fehlt die Erfinderqualität. Ist eine Erfindung unter Mitarbeit Mehrerer entstanden und von einem einzigen ohne die Zustimmung der andern angemeldet worden, so können letztere das darauf erteilte Patent nicht mit der Nichtigkeitsklage zum Untergang bringen. Denn wenn der Miterfinder auch im Verein mit andern die Erfindung zu Stande brachte, so kann ihm trotzdem die Erfinderqualität nicht abgesprochen werden[4]). Umgekehrt kann aber der Anmeldende seine Miterfinder nicht von der Benutzung der Erfindung ausschließen. Das wäre Rechtsmißbrauch, der nach Art. 2, Abs. 2 ZGB nicht zu schützen ist.

Aktiv legitimiert zur Erhebung der Nichtigkeitsklage wegen fehlender Erfinderschaft ist, im Unterschied zum deutschen Recht, wo sie in diesem Falle nur vom Verletzten geltend gemacht werden kann, nach unserem Gesetz (Art. 16, Abs. 3 PG), wie bei den andern Nichtigkeitsgründen, jedermann, der ein Interesse nachweist[5]). Tatsächlich wird auch bei uns meistens der durch die Entnahme Verletzte, sei es der Erfinder oder ein bloßer Erfindungsbesitzer, die Nichtigkeitsklage erheben und zwar wird sie in der Regel zumeist erst nach Anhebung einer Patentverletzungsklage durch den Patentinhaber angestrengt, wenn der Beklagte die drohenden Folgen einer Verletzung des Patentes von sich abwenden will[6]). Die Nichtigkeit kann im Patentverletzungsstreit nicht nur auf dem Wege der Widerklage, sondern auch durch Einrede geltend gemacht werden[7]). Die Wirkung ist verschieden. Wird die Nichtigkeit widerklageweise geltend gemacht, so hat die Nichtigerklärung dieselbe Wirkung, wie wenn das Patent durch selbständige Nichtigkeitsklage angefochten worden wäre; die Nichtigkeit ist durch das Patentamt in das Patentregister einzutragen und wirkt gegen jedermann. Wird die Nichtigkeit hingegen einredeweise geltend gemacht, so ändert das Urteil am formellen Bestande des Patentes nichts. Es äußert Wirkungen bloß inter partes; die Verletzungsklage wird als unbegründet abgewiesen.

---

[4]) In diesem Sinne hat auch das deutsche Reichsgericht entschieden. Vgl. RGZ Bd. 117, S. 51.

[5]) Betr. Klageinteresse s. die Ausführungen bei Gaß, S. 115 ff. und die dort angeführte Literatur und Judikatur. Vgl. auch ein neueres Urteil des Bundesgerichts in A. S. 66 II 62.

[6]) Vgl. Gaß, S. 8.

[7]) Vgl. Weidlich und Blum, Anm. 16 zu Art. 16, S. 304 und BGE 22 639, 56 II 146, 58 II 59.

c) Die Wirkung der Nichtigerklärung.

Die Rechtsnatur der Nichtigerklärung ist umstritten. Handelt es sich um ein Gestaltungsurteil, wie viele deutsche Autoren [8]) annehmen, oder um ein Feststellungsurteil, welche Meinung infolge Fehlens eines Vorprüfungssystems m. E. mit guten Gründen vorwiegend von der schweizerischen Doktrin und Judikatur [9]) vertreten wird. Das Nichtigkeitsurteil stellt fest, daß das Patent von Anfang an nur ein Scheinrecht gewesen ist, da ein Recht auf das Patent nie bestanden hat. Die Nichtigerklärung des Patentes hat daher auf rechtliche Verhältnisse, die auf diesem Scheinpatent beruhen, grundsätzlich rückwirkende Kraft. Mit Recht macht Gaß (S. 102) für Art. 16, Ziff. 2 PG eine Ausnahme geltend. Da ein Patent nämlich während eines Zeitraumes von drei Jahren nach seiner Erteilung auf Grund einer Abtretungsklage gemäß Art. 20 PG rechtsgültig übertragen werden kann, so kann das Patent während dieser Zeit logischerweise nicht auf einem Scheinrecht beruhen. Ein gemäß Art. 12, Ziff. 2 PG ausgesprochenes Nichtigkeitsurteil wirkt demzufolge bloß bis auf den Zeitpunkt von drei Jahren nach der Patenterteilung zurück.

d) Die Unzulänglichkeit des dem Erfinder auf Grund der Nichtigerklärung gewährten Schutzes.

Wenn wir uns schließlich nach der Wirksamkeit des einem verletzten Erfinder durch die Nichtigkeitsklage gebotenen Schutzes fragen, so ist festzustellen, daß dieser den Erfinder nur dann zu befriedigen vermag, wenn ihm lediglich an der Beseitigung des Patentes gelegen ist. Denn wenn auch das Patent als nichtig erklärt wird, so lebt doch das Erfinderrecht, so wie es vor der Patenterteilung an den Verletzer bestanden hat, nicht wieder auf. Infolge der Veröffentlichung anläßlich der Patentierung kann die Erfindung wegen fehlender Neuheit nicht mehr Gegenstand einer nochmaligen Patenterteilung sein. Die Nichtigerklärung kann unter Umständen geradezu nachteilige Folgen für den Erfinder haben. Denn während vorher die Erfindung nur vom Patentinhaber kraft seines formalen Patentrechts und vom wahrhaft Erfindungsberechtigten, der gegen allfällige Patentverletzungsklagen des Patentinhabers durch ein eventuelles Vorbenutzungsrecht oder, bei bös-

[8]) Isay, S. 392; Elster, S. 350; Kisch, S. 255.

[9]) Weidlich und Blum, Anm. 14 zu Art. 16, S. 303; Gaß, S. 20; Bl. f. Z. R. Bd. 12, S. 152, Bd. 14, S. 267; BGE 61 II 379.

gläubiger Entnahme, durch die exeptio doli des Art. 2 ZGB geschützt war, in Benutzung genommen werden durfte, muß er sich nun gefallen lassen, daß jedermann die Erfindung benutzen darf. In der Regel wird dem Erfinder weit besser mit der unter der nächsten Ziffer zu behandelnden Klage auf Abtretung des Patentes gedient sein, die er allerdings binnen drei Jahren vom Tage der Patentanmeldung an gerechnet geltend machen muß, währenddem die Nichtigkeitsklage während der ganzen Dauer des Patentes anhängig gemacht werden kann.

Als eine Unzulänglichkeit der Nichtigkeitsklage wegen fehlender Patentberechtigung wird der schon erwähnte Umstand angesehen, daß sie, wie die auf andern Nichtigkeitsgründen beruhenden Klagen, jedermann zusteht, der ein Interesse nachweist. Man macht geltend, daß, wenn der Erfindungsberechtigte auf Grund von Art. 20 PG auf Patentherausgabe klagen wolle, dies ihm durch die Nichtigkeitsklage eines beliebigen Dritten verunmöglicht werden könnte. Es ist allerdings zu bemerken, daß der Erfinder unter Umständen immer noch die Möglichkeit hat, das Patent auf sich übertragen zu lassen, sei es, daß er die Abtretungsklage bei demselben Gerichte geltend machen kann, wo die Nichtigkeitsklage anhängig ist, sodaß die Beurteilung der letzteren bis zur Erledigung der ersteren ausgesetzt werden könnte, oder sei es, daß er nach dem betr. kantonalen Prozeßrecht durch Hauptintervention [10]) in den Nichtigkeitsprozeß eingreifen kann [11]). Oft aber wird der Erfinder nicht in der Lage sein, sich dagegen wehren zu können, wenn ein interessierter Dritter mit der Nichtigkeitsklage ein Patent vernichtet und die Erfindung damit der Allgemeinheit preisgibt, auch wenn der hiedurch geschaffene Zustand den Interessen des wahren Berechtigten in keiner Weise entspricht. Mit Recht wird daher die im Gesetz getroffene Regelung als unbefriedigend bezeichnet. Es ist billig, daß in diesem Falle das Interesse der Allgemeinheit, bzw. einzelner Konkurrenten des Patentinhabers, hinter dasjenige des Erfindungsberechtigten zurücktritt. Es scheint mir geboten, anläßlich einer zukünftigen Revision des Patentgesetzes die Aktivlegitimation zur Erhebung der Patentnichtigkeitsklage gemäß Art. 16, Ziff. 2 PG auf den Erfindungsberechtigten zu beschränken. Ich würde eine solche Regelung aus demselben Grunde auch der deutschen vorziehen, nach welcher jeder

[10]) So z. B. nach aarg. ZPO, §§ 28—30.
[11]) Vgl. Weidlich und Blum, zu Art. 16, Anm. 4 c und e.

Verletzte, auch der bloße Erfindungsbesitzer, dem das Patent entnommen worden ist, als zur Klage legitimiert gilt. Die Lage würde sich für den Nichtigkeitskläger prozessual insofern erschweren, als er sich nicht mehr mit dem Nachweis der Nichtberechtigung des Patentinhabers begnügen könnte, sondern überdies sein Recht an der Erfindung beweisen müßte.

II. Die Klage auf Abtretung des Patentes.

a) Bedeutung der Abtretungsklage.

Diese für den Erfinder viel wichtigere und sein Recht bedeutend wirksamer schützende Klage als die Nichtigkeitsklage kannte das alte Patent-Gesetz von 1888 noch nicht. Das Bedürfnis nach derselben machte sich jedoch bald geltend. Sie fand deshalb im Gesetz vom 21. Juni 1907 Aufnahme. In den Beratungen der gesetzgebenden Behörden hat insbesondere der ständerätliche Kommissionsreferent Hoffmann [12]) auf den Fortschritt hingewiesen, den die Einführung der Abtretungsklage mit sich bringen würde. Schon unter der Herrschaft des früheren Patent-Gesetzes herrschte zwar vereinzelt die Meinung, es könne eine Uebertragung des Patentes geltend gemacht werden und zwar vermittelst einer Schadenersatzklage. Diese Ansicht entwickelte sich wohl in Anlehnung an die Doktrin und Praxis in Deutschland, wo die Geltendmachung der Uebertragungsklage auf Grund des gemeinen Rechts, obwohl sie erst im Jahre 1936 ihren gesetzlichen Niederschlag fand, schon lange von den höchsten Autoritäten in patentrechtlichen Fragen und vom Reichsgericht anerkannt worden war. Das schweizerische Bundesgericht lehnte in einem Urteil, das es wenige Monate vor Inkrafttreten des geltenden Gesetzes fällte, die Befolgung der deutschen Praxis ab, da das Patentgesetz die an die Patente geknüpften Klagen abschließend regle [13]). Allerdings wies es darauf hin, daß die Nichtigkeitsklage, die dem wirklichen Erfinder gegenüber dem Nichterfinder zustehe und in seinem Erfinderrecht ihren Rechtsgrund habe, freilich nicht genüge, „die Rechte des Erfinders so zu wahren, wie es wünschbar wäre".

---

[12]) Sten. Bull. des St. R. vom 17. Dez. 1906, S. 1513.

[13]) Vgl. 33 II 166; wie es scheint, wird die diesbezügliche, allerdings nicht gerade durch Klarheit hervorstechende Stelle des Entscheides (S. 167) von Weidlich und Blum mißverstanden, wenn sie offenbar der Meinung Ausdruck geben wollen (Anm. 3 zu Art. 20, S. 328), daß der Verletzte mit seiner Klage durchgedrungen wäre, wenn er dieselbe auf Vertrag oder unerlaubte Handlung gestützt hätte.

b) Voraussetzungen und Wirkung der Abtretungsklage.

Art. 20, Satz 1 PG nimmt selbst Bezug auf Art. 16, Ziff. 2 und lehnt sich in seinem Wortlaut eng an diesen an. Er lautet: „Ist das Patent einem Bewerber erteilt worden, der weder der Urheber der Erfindung noch dessen Rechtsnachfolger war, noch aus andern Rechtsgründen Anspruch auf die Erteilung des Patentes hatte, so kann der Verletzte statt der Nichtigkeitserklärung die Abtretung des Patentes verlangen".

Die Voraussetzungen auf der Seite des Beklagten sind die gleichen wie bei der Nichtigkeitsklage. Die abweichende Formulierung ist bedeutungslos. In beiden Fällen richtet sich die Klage gegen den Nichtberechtigten, der ein Patent erlangt hat. Um die Identität der Voraussetzungen hervorzuheben, hätte m. E. eine Uebereinstimmung des Wortlautes den Vorzug verdient.

Verschieden geregelt ist die aktive Legitimation zur Klage. Während die Nichtigkeitsklage jedermann zusteht, der ein Interesse nachzuweisen in der Lage ist, ist zur Klage auf Abtretung des Patentes bloß der Verletzte befugt. Zweifellos ist in diesem Zusammenhang als „Verletzter" nur der in seinem Erfinderrecht Verletzte, also der Urheber der Erfindung, dessen Rechtsnachfolger oder der aus andern Rechtsgründen Berechtigte zu verstehen [14]). Es scheint mir jedoch nicht überflüssig, ausdrücklich darauf hinzuweisen, weil im deutschen Patentgesetz von 1936 nicht nur der Berechtigte, sondern jeder Erfindungsbesitzer, dem die Erfindung entnommen wurde, als „Verletzter" bezeichnet wird (§ 5 d. PG). Die Erfordernisse sind nach deutschem Recht dieselben wie bei der Nichtigkeitsklage. Wie die Motive zum Entwurf von 1932 [15]) erkennen lassen, ließ man sich von dem Gedanken leiten, daß der Tatbestand des Erfindungsbesitzes regelmäßig leichter nachzuweisen sein werde als die Urheberschaft an der Erfindung. Der schweizerische Patentgesetzgeber hat hierauf keine Rücksicht genommen. Es genügt nach unserem Recht nicht, die Nichtberechtigung des Patentinhabers darzutun, sondern der Kläger hat zudem sein eigenes Recht auf den Erwerb des Patentes nachzuweisen. Das Bundesgericht hatte Gelegenheit, sich in einem Entscheid vom 21. Juni 1912 [16]) mit dieser Beweisfrage zu befassen. Es führte u. a.

---

[14]) Ebenso Guyer, Komm. Anm. 2 zu Art. 20, S. 64; Weidlich und Blum, Anm. 1 zu Art. 20, S. 326.

[15]) Vgl. Bl. P. M. Z. 1936, S. 105.

[16]) Sem. jud. Bd. 34, S. 644.

aus: „Il résulte de cette disposition (Art. 20 PG) que celui qui conclut à la cession du brevet doit prouver que le titulaire de ce brevet n'est ni l'inventeur, ni son ayant cause, ou qu'il n'avait pas, à un autre titre, droit au brevet, et de plus, il doit démontrer, que c'est lui-même qui a droit à ce brevet. Le texte légal n'accorde, en effet, qu'au „lésé" la faculté de demander la cession".

Es ist nicht zu leugnen, daß die Regelung der Beweisfrage nach unserem Gesetz, verglichen mit dem deutschen Recht, für den Patentberechtigten eine Erschwerung bedeutet. Sie vermeidet jedoch die nach der deutschen Ordnung mögliche, dem Zweck der Uebertragungsklage zuwiderlaufende Folge, daß das Patent auf einen wiederum Unberechtigten übertragen wird.

Bezüglich der Person des Anspruchberechtigten sind noch zwei Fälle zu betrachten, welche die Doppelerfindung betreffen. Zwei Personen haben unabhängig voneinander dieselbe Erfindung gemacht. Der spätere Erfinder meldet die Erfindung an und sie wird ihm patentiert. Hat der erste Erfinder Anspruch auf Abtretung des Patentes? Die Frage ist zu verneinen. Die Voraussetzungen zur Klageerhebung gemäß Art. 20 PG liegen nicht vor. Denn erstens hat der Patenterwerber als Urheber der Erfindung, wenn auch nicht als einziger, das materielle Recht auf das Patent, und zweitens ist der Ersterfinder durch den Patentnehmer in seinem Recht an der Erfindung nicht verletzt worden, da ja der Zweiterfinder nicht etwa durch Entnahme der Erfindung in des andern Rechte eingegriffen hat. Dem Zürcher Handelsgericht hat am 27. März 1925 ein solcher Fall zur Beurteilung vorgelegen[17]). Kläger und Beklagter hatten dieselbe Schneekette für Lastwagenpneus erfunden. Der Kläger verlangte Uebertragung des dem Beklagten darauf erteilten Patentes. Das Gericht wies die Klage mit Recht ab, mit der Begründung, daß aus dem Umstand allein, daß der Kläger unabhängig vom Beklagten dieselbe Kette konstruiert habe, er keinerlei Ansprüche gegen diesen herleiten könne. „Denn" — so führt es aus — „das Patent verleiht dem Erfinder auch dann das ausschließliche Recht zur gewerbsmäßigen Ausführung der Erfindung, wenn dieselbe Erfindung schon vor der Erteilung des Patentes von einem andern gemacht worden ist, der es aber unterlassen hat, die Erfindung zur Patentierung anzumelden." Dem Kläger steht nichts entgegen, wie auch dieses Urteil betont, sofern die Voraus-

[17]) Bl. f. Z. R. Bd. 24, S. 362.

setzungen des Art. 8 PG erfüllt sind, die Erfindung zu seinen Geschäftszwecken auszunützen.

Der zweite Fall, der betrachtet werden soll, ist der, wo im Unterschied zum vorhergehenden, nicht einer der mehreren Erfinder, welche unabhängig voneinander die Erfindung gemacht haben, sondern ein Dritter, der einem dieser Erfinder die Erfindung entnommen hat, das Patent erwirbt. Kann die Abtretungsklage bloß von demjenigen Erfinder, dem die Erfindung entnommen worden ist, oder von jedem der mehreren Erfinder erhoben werden? Die Antwort hängt davon ab, wer als „verletzt" zu gelten hat. M. E. kann nur derjenige Erfinder bzw. Erfindungsberechtigte als „verletzt" angesehen werden, auf dessen Recht der Verletzer unmittelbar eingewirkt hat. Wohl sind auch die andern Erfinder dadurch beeinträchtigt worden, daß sie nun selbst ein gültiges Patent nicht mehr erlangen können, jedoch mittelbar, durch die Verletzung des einem andern zustehenden Rechts. Ein Anspruch auf Uebertragung des Patentes steht ihnen deshalb nicht zu. Der Schutz des Erfinders reicht nur soweit, als der fremde Eingriff gerade gegen seine eigene Schöpfung gerichtet ist. Darin unterscheidet sich das Erfinderrecht vom Patentrecht, welches den Patentinhaber inbezug auf den Erfindungsgedanken schlechthin schützt.

Als absolut wirkendes Recht dringt die Uebertragungsklage gegen jeden nicht berechtigten Patentinhaber durch, sei er der Entwender des Patentes selbst oder habe er es in gutem oder bösem Glauben von diesem übertragen erhalten. Auch eine erteilte Lizenz fällt grundsätzlich dahin. Eine Milderung greift jedoch zugunsten des gutgläubigen Erwerbers des Patentes und des gutgläubigen Lizenznehmers unter der Voraussetzung Platz, daß sie bereits Veranstaltungen zur gewerbsmäßigen Benutzung des Patentes getroffen haben. Gegen angemessene Entschädigung muß ihnen der Kläger, auf den das Patent übertragen worden ist, auf ihr Verlangen eine sog. Zwangslizenz einräumen [18]).

Die Geltendmachung der Uebertragungsklage ist an eine Ausschlußfrist von drei Jahren, beginnend mit dem Tage der Patentanmeldung, gebunden [19]). Die ratio dieser zeitlichen Beschränkung ist mit Gaß [20]) darin zu erblicken, daß dem Urheber der Erfindung nicht ermöglicht sein soll, „mit der Klage so lange zu warten, bis

[18]) Art. 20, Abs. 2 PG.
[19]) Art. 20, Abs. 3 PG.
[20]) Gaß, S. 56.

der Patentinhaber durch seine Bemühungen und auf seine Kosten der Erfindung kommerziellen Wert verliehen hat". Wegen dieser Gefahr ist die Patentübertragungsklage in der Tat mit einem gewissen Odium behaftet, und es kann nicht verwundern, daß ihr aus diesem Grunde überhaupt die Existenzberechtigung abgesprochen wurde [21]). Durch die Befristung kann einem derartigen Mißbrauch der Abtretungsklage weitgehend entgegengewirkt werden. Die Regelung der Verwirkungsfrist verdient, soll sie nicht Unbilligkeiten zur Folge haben, größte Aufmerksamkeit. Im schweizerischen Recht scheint sie mir nicht glücklich durchgeführt zu sein. Wie schon erwähnt, fängt die dreijährige Präklusivfrist vom Zeitpunkte der Anmeldung zu laufen an. Es ist aber nun bekannt, daß sich die Zeitspanne von der Anmeldung bis zur Erteilung des Patentes sehr in die Länge ziehen kann. Da die Veröffentlichung des Patentes gemäß Art. 31 PG erst nach der Eintragung in das Register erfolgt, so kann es leicht eintreffen, daß der Berechtigte von der Patenterteilung erst erfährt, wenn es bereits zu spät ist, die Abtretungsklage noch geltend machen zu können. Auf diesen unerfreulichen Zustand weist auch der Kommentar Weidlich und Blum [22]) hin. Der Ansicht dieser Kommentatoren, daß der Berechtigte nach der Verwirkung des durch Art. 20 PG gewährten Rechtes auf Grund allgemein zivilrechtlicher Bestimmungen, wie Vertrag oder unerlaubte Handlung, trotzdem eine Uebertragung des Patentes erwirken könne, kann ich indessen nicht beitreten. Zur Stützung ihrer Meinung kann weder der von ihnen herangezogene bundesgerichtliche Entscheid in A. S. 54 II 63, auf den wir unten [23]) näher einzutreten haben werden, noch viel weniger der ebenfalls zitierte und von uns schon erwähnte Entscheid in A. S. 33 II 163 dienen, wo eine Ergänzung der durch das Patentgesetz an die Patente geknüpften Klagen durch das Zivilrecht in jedem Falle abgelehnt wird.

Eine Aenderung des unbefriedigenden Zustandes kann nur de lege ferenda erwartet werden. Den Hinweis auf eine zweckentsprechende Lösung gibt uns das deutsche Patentgesetz von 1936 (§ 5). Die Frist für die Geltendmachung der Klage läßt es von der Bekanntmachung der Patenterteilung weg laufen und zwar ist die Regelung verschieden, je nachdem der Patentinhaber beim Erwerb

---

[21]) Vgl. z. B. Häberlein, S. 64 ff.
[22]) Weidlich und Blum, Anm. 3 zu Art. 20, S. 328.
[23]) Lit. B, Ziff. I desselben Paragraphen.

des Patentes in gutem oder bösem Glauben war. War er gutgläubig, so beträgt die Frist ein Jahr. Im Hinblick auf den späteren Beginn darf diese Frist als ausreichend betrachtet werden. War er bösgläubig, so ist die Klage ohne zeitliche Beschränkung zulässig. Eine solche, der Billigkeit entsprechende, Differenzierung empfiehlt sich m. E. Ich bin nicht der Ansicht, daß die deutsche Regelung tale quale übernommen werden sollte. Auch sie weist Mängel auf. Die unbegrenzte Dauer der Klagemöglichkeit des Berechtigten gegenüber dem bösgläubigen Patenterwerber trägt den Bedürfnissen der Praxis, die eine möglichst rasche Klarstellung der Rechte erfordern, nicht Rechnung. Auch hier müßte eine zeitliche Beschränkung des Uebertragungsanspruches Platz greifen, z. B. so, daß die Klage auch gegenüber dem bösgläubigen Erwerber nicht mehr zulässig wäre, wenn er sein Recht von einem Patentinhaber herleitet, der das Patent ein Jahr lang gutgläubig und unangefochten im Besitz hatte, sodaß gegen ihn die Uebertragungsklage nicht mehr hätte geltend gemacht werden können. Es wäre diese Ordnung mit dem Institut der Ersitzung (Art. 728 ZGB) zu vergleichen, dem derselbe Zweckgedanke zu Grunde liegt. Dieser Sinn wurde übrigens schon von deutschen Kommentatoren[24]) der in Frage stehenden Bestimmung beigelegt, eine Auslegung, die allerdings etwas zu sehr bei den Haaren herbeigezogen erscheint.

III. Das Vorbenutzungsrecht.

a) Der Berechtigte.

Das Patentgesetz bietet dem Erfinder durch das in Art. 8 PG geregelte Recht der Vorbenutzung einen weitern Schutz gegenüber dem Patentinhaber. Art. 8, Abs. 1 PG bestimmt nämlich: „Die Wirkung des Patentes tritt gegen denjenigen nicht ein, welcher bereits zur Zeit der Patentanmeldung im guten Glauben die Erfindung im Inland gewerbsmäßig benützt oder besondere Veranstaltungen zu solcher Benützung getroffen hat. Er ist befugt, die Erfindung zu seinen Geschäftszwecken auszunützen; diese Befugnis kann er nur zusammen mit seinem Geschäft auf andere übertragen."

Im Unterschied zu den bis jetzt behandelten Patentnichtigkeits- und Patentübertragungsklagen, die sich beide nur gegen einen nicht berechtigten Patentinhaber richteten, handelt es sich beim Vorbenutzungsrecht um einen Anspruch des Vorbenützers

[24]) Klauer-Möhring, Anm. 5 zu § 5, S. 151.

gegenüber dem Patentinhaber schlechthin. Im weitern kann derjenige, der ein Vorbenutzungsrecht für sich in Anspruch nimmt, seine Erfindungskenntnis direkt oder indirekt von einer Drittperson abgeleitet haben. Es wurde früher in Deutschland, obschon nach dem Wortlaut des die Vorbenutzung regelnden § 5 des alten deutschen Patentgesetzes (§ 7 neues d. PG) eine solche restriktive Auslegung nicht zwingend war, vielfach die Meinung vertreten, das Vorbenutzungsrecht bestehe nur im Falle der Doppelerfindung, wenn also zwei Personen unabhängig voneinander eine und dieselbe Erfindung gemacht haben. Im Vordergrund standen Billigkeitserwägungen. Das Vorbenutzungsrecht müsse verhindern, daß derjenige Erfinder, dem ein anderer Erfinder mit der Anmeldung zuvorgekommen sei, um die Früchte seiner Geistesarbeit gebracht werde. Allfeld[25]) z. B. betrachtet das Vorbenutzungsrecht als Ausfluß des Erfinderrechts. Die Tatsache, daß im Gesetz nicht der Erfinder, bzw. der Doppelerfinder, als vorbenutzungsberechtigt erklärt werde, habe seinen Grund allein darin, daß man dem Erfinder den Nachweis seiner Erfinderschaft habe ersparen wollen. Auch das deutsche Reichsgericht beschränkte in früheren Entscheiden[26]) das Vorbenutzungsrecht auf den Fall der Doppelerfindung. Die Auffassung der überwiegenden Mehrheit in der Doktrin und auch die neuere Rechtssprechung des Reichsgerichts gehen jedoch dahin, daß neben dem Erfinder auch dem Erfindungsbesitzer das Recht der Vorbenutzung zustehe. Das schweizerische Bundesgericht hat schon unter der Herrschaft des alten Patentgesetzes von 1888 die einschränkende Interpretation abgelehnt, obschon die bundesrätliche Botschaft vom 20. Januar 1888 betr. den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Erfindungspatente in ihren Ausführungen zu Art 4[27]) bloß den Fall der Doppelerfindung erwähnt. Das Bundesgericht führt in einem Urteil vom 31. Mai 1890[28]) mit Recht diesbezüglich aus, daß, wenn die Botschaft des Bundesrates als Beispiel der Anwendung des Art. 4 bloß den Fall des Erfindungsbesitzes eines andern Erfinders anführe, diese Beschränkung der Exemplifikation auf einen, die Notwendigkeit der vorgeschlagenen Bestimmung besonders deutlich illustrierenden und häufiger vorkommenden Fall, gewiß nicht dazu führen könne, dem Ge-

---

[25]) Allfeld, Komm. zu § 5, Abs. 2, Anm. 2.
[26]) Vgl. RGZ 45, 117; 56, 225.
[27]) B. Bl. 1888, I. Bd., S. 251.
[28]) BGE 16, 422.

setze eine andere, beschränktere Bedeutung beizulegen, als ihm seinem klaren Wortlaut nach zukomme; „der Gesetzestext schützt den Erfindungsbesitzer schlechthin und nicht nur den Benutzer einer eigenen Erfindung". Indem die Botschaft zum Entwurf des geltenden Gesetzes [29]) in einer Bemerkung zum betr. Artikel allgemein von der Vorbenutzung patentierter Erfindungen durch Drittpersonen spricht, gibt Art. 8 PG diesbezüglich zu keinen Zweifeln mehr Anlaß, wenn auch in einem Votum des ständerätlichen Kommissionsreferenten [30]) wiederum bloß vom Doppelerfinder und seinem Rechtsnachfolger die Rede ist.

Nicht zu verwechseln mit der Doppelerfindung ist die Miterfindung. Im Gegensatz zu jener ist bei dieser die gegenseitige Abhängigkeit der mehreren Erfinder voneinander Wesensmerkmal. Wir sind auf die Stellung des Teilhabers an einer gemeinsamen Erfindung gegenüber einem anmeldenden Miterfinder bei der Behandlung der Nichtigkeitsklage zu sprechen gekommen. Diese sowohl als auch die Abtretungsklage sind ihm aus den dort dargelegten Gründen versagt. Wie steht es mit dem Vorbenutzungsrecht? Auf ein solches ist der Miterfinder gar nicht angewiesen. Er kann die Erfindung ohnehin benutzen. Denn bei einer Verletzungsklage seitens des Patentinhabers kann er die Einrede der exeptio doli nach Art. 2 ZGB erheben. Abwegig ist die Meinung von Weidlich und Blum [31]), daß hier Art. 9, Abs. 2 PG, der das Miteigentum am Patent beschlägt, Anwendung finde. Trotz der Mehrzahl von Erfindern gehört das Patent allein demjenigen, der sich darum beworben und es erhalten hat.

Als ratio legis des Vorbenutzungsrechts muß, in Uebereinstimmung mit der heute in Deutschland herrschenden Meinung, in erster Linie der Schutz eines gewerblichen Besitzstandes angesehen werden. Dies sowohl im Interesse desjenigen, der ihn geschaffen hat, wie im Interesse der Wirtschaftsordnung, in die er verflochten ist. Durch das Institut des Vorbenutzungsrechts soll verhindert werden, daß der Aufwand von Zeit, Kraft und Kapital, mit dem jemand die Benutzung einer Erfindung in die Wege geleitet hat, zufolge des einem andern erteilten Patentes vergeblich gewesen ist [32]). Dem Vorbenutzungsrecht liegt die ökonomische Absicht zu

[29]) B. Bl. 1906, IV. Bd., S. 249.
[30]) Sten. Bull. 1906, S. 1493.
[31]) Weidlich und Blum, Anm. 3 zu Art. 8, S. 210.
[32]) Vgl. RGZ 75, 318; 123, 61; Isay, Komm. S. 276; Pietzker, Komm. Anm. 1 zu § 5; Klauer-Möhring, Komm. Anm. 1 zu § 7; GRUR 1937, S 581.

Grunde, zu verhüten, daß ein Patent in die Entwicklung eines bereits bestehenden Gewerbebetriebes eingreift und zur Brachlegung wirtschaftlicher Anlagen führt.

Wird auch, wie dargetan, Erfindereigenschaft zur Geltendmachung des Vorbenutzungsrechts nicht vorausgesetzt, so fordert das geltende schweiz. Patentgesetz doch wenigstens das Vorliegen des guten Glaubens auf Seiten des Vorbenutzers [33]). Der gute Glaube fehlt, wenn der Vorbenutzer den Erfindungsbesitz auf unredliche Weise von einem Dritten sich verschafft hat [34]). Der Hinweis von Schönberg [35]), daß der in Art. 8 PG verwendete Ausdruck „im guten Glauben" sich nicht mit dem Begriff des guten Glaubens, wie er im Sachenrecht beim Erwerb vom Nichtberechtigten sich findet, decke, verdient unterstrichen zu werden. Trotz Kenntnis des fremden Ursprungs der Erfindung kann der Vorbenutzer die Ausnahmestellung des Art. 8 PG für sich beanspruchen, wenn er nur nicht seine Kenntnis in doloser Weise sich verschafft hat.

Gutgläubiger Erfindungsbesitz allein genügt nicht für das Entstehen des Vorbenutzungsrechtes. Benutzung zur Zeit der Patentanmeldung oder doch bereits getroffene besondere Veranstaltungen hiezu, Benutzung im Inland und Gewerbsmäßigkeit derselben kommen als weitere Erfordernisse hinzu. Es würde aber über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, die Voraussetzungen des Vorbenutzungsrechtes in allen ihren Einzelheiten zu besprechen. Zudem wäre ein Eingehen auf dieselben überflüssig, da sie in der schon erwähnten Abhandlung von Schönberg ausführlich behandelt worden sind.

b) Die Wirkungen des Vorbenutzungsrechtes.

Ist ein Vorbenutzungsrecht zur Entstehung gelangt, so hat der Patentinhaber zum vornherein ein um die Rechte des Vorbenutzers geschmälertes Recht erhalten. Das Vorbenutzungsrecht gewährt jedoch seinem Inhaber bloß Rechtsansprüche gegenüber dem Patentinhaber und nicht etwa ein Verbotsrecht gegenüber einem Dritten. Der Patentinhaber ist allerdings schon in seinem eigenen Interesse

---

[33]) Das Bundesgericht hat das Erfordernis des guten Glaubens schon für das Patentgesetz von 1888 angenommen, trotzdem der damalige Art. 4 diese Voraussetzung nicht ausdrücklich statuierte. Vgl. BGE 16, 422 und 31 I 706.

[34]) Guyer, Komm. Anm. 4 zu Art. 8, S. 34; Weidlich und Blum, Anm. 6 zu Art. 8, S. 213; Urteil des bern. Appellationshofes in Zivilsachen in Z. b. J. V. 1914, S. 493.

[35]) Schönberg, Das Recht der Vorbenutzung an patentierten Erfindungen, S. 29.

gehalten, dem Träger des Vorbenutzungsrechtes Wettbewerber fernzuhalten. Damit ist nicht gesagt, daß der Vorbenutzer sich nicht auch selbst gegen Eingriffe wehren kann. Steht ihm auch keine Klage auf Grund des Vorbenutzungsrechtes zu, so ist ihm doch nicht benommen, aus allgemeinen Rechtsgründen, z. B. wegen unlauteren Wettbewerbs nach Art. 48 OR zu klagen [36]).

Mit Ausnahme der vorgenannten Einschränkung ist der Vorbenutzer dem Patentinhaber in der Benutzung der Erfindung gleich gestellt. Er ist befugt — wie das Gesetz sagt — die Erfindung zu seinen Geschäftszwecken auszunützen. Wenn auch das Vorbenutzungsrecht nicht als gesetzliche Lizenz angesprochen werden kann [37]), da es kein aus dem Patentrecht abgeleitetes, sondern ein originäres Recht ist, so hat es doch lizenzähnliche Wirkungen. Und zwar ist diese „Lizenz" zudem kostenlos, weil ja der Patentinhaber die Gebühren zu tragen hat.

Das Vorbenutzungsrecht ist für den Berechtigten von nicht zu unterschätzender Bedeutung und es kann, wie wir eingangs erwähnt haben, dem vorbenutzenden Erfinder als willkommenes Schutzmittel gegenüber den Ansprüchen des Patentinhabers dienen. Er wird es in der Regel durch Einrede geltend machen. Bestreitet der Patentinhaber das Recht des Vorbenützers, oder stört er ihn in dessen Genuß, so kann dieser nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen auf Feststellung, auf Unterlassung und gegebenenfalls auf Schadenersatz klagen.

B. Der Schutz des Erfinders aus allgemeinem Zivilrecht.

I. Seine Anwendbarkeit neben dem patentrechtlichen Schutz.

Erschöpft sich der Schutz des Erfinders, der seine Erfindung nicht zum Patent angemeldet hat, in den unter lit. A behandelten Bestimmungen des Patentgesetzes? Die Bejahung dieser Frage würde unserem Billigkeitsgefühl widersprechen. Wohl sind es wichtige Schutzmittel, die in vielen Fällen das Schutzbedürfnis des Erfinders befriedigen können. In andern Fällen aber, wo sein

[36]) Ebenso Schönberg, S. 49.
[37]) Vgl. Kohler, Hdb. S. 469.

Schutz nicht weniger wünschenswert ist, versagen sie. Nichtigkeits- und Abtretungsklage betreffen beide nur eine Verletzungsmöglichkeit, die Patenterlangung seitens eines Nichtberechtigten. Das Erfinderrecht kann jedoch auch durch andere Handlungen, wie solche, welche die Offenkundigkeit der Erfindung zur Folge haben, zerstört oder gefährdet werden. Schutzbedürftige Interessen des Erfinders können außerdem durch Handlungen verletzt werden, die das Recht auf das Patent in keiner Weise berühren, z. B. durch Verrat und Entwendung einer Erfindung zu nichtoffenkundiger Benutzung. In diesen letzten Fällen ist die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Bestimmungen heute unbestritten. In einem Entscheide aus dem Jahre 1896[38]) hatte das Bundesgericht zwar noch erkannt, daß eine Verletzungsklage auf Grund zivilrechtlicher Bestimmungen nicht erwirkt werden könne, wenn der spezialgesetzliche Schutz noch nicht bestehe, weil, wie in casu, die im Markenschutzgesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten der Hinterlegung und Eintragung nicht erfüllt worden seien. Noch im gleichen Jahre änderte das Bundesgericht seine Praxis[39]) und hat seither in konstanter Rechtssprechung entschieden, daß jede Verletzung eines gewerblichen Rechtsgutes, das nicht spezialgesetzlich geschützt ist, auf Grund des gemeinen Zivilrechts geahndet werden könne. Hartnäckig, mit einer Ausnahme[40]), hat es hingegen die Anwendbarkeit des gemeinen Rechts dann verneint, wenn der betreffende Tatbestand von einem gewerblichen Spezialgesetz erfaßt wird. Es legt diesem exklusive Bedeutung bei. Besonders ausführlich hat das Bundesgericht in dem in A. S. 40 II 360 niedergelegten Entscheid zu dieser Konkurrenzfrage Stellung genommen. Es führte u. a. aus: „Richtig ist, daß nach ständiger Praxis des Bundesgerichts und übereinstimmender Auffassung der Doktrin die Spezialgesetze über den gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht die Anwendung der gemeinrechtlichen Bestimmungen über Haftung aus unerlaubter Handlung und insbesondere über den unlautern Wettbewerb nur insoweit ausschließen, als sie die Materie erschöpfend regeln und namentlich gegenüber dem gemeinen Recht einen erhöhten Rechtsschutz gewähren. Handlungen, die nicht durch die Spezialgesetze untersagt, den untersagten Tatbeständen aber ähnlich sind und die Voraussetzungen unerlaubter Handlungen nach

[38]) BGE 22 91.
[39]) BGE 22 585.
[40]) BGE 26 II 535.

Art. 41 OR aufweisen, können auf Grund dieser Bestimmungen verfolgt werden." Das Bundesgericht mißt diesem Entscheid selbst grundsätzliche Bedeutung bei, hat es doch seine dortigen Ausführungen in einem späteren Urteil [41]) wörtlich wiederholt.

Der zitierte Entscheid betrifft das Urheber- und das Markenrecht. Das Bundesgericht hat aber immer speziell betont, daß dieser Frage der Gesetzeskonkurrenz für die ganze urheberrechtliche und gewerbliche Spezialgesetzgebung allgemein gültige Bedeutung zukomme. Es existiert auch ein Entscheid aus dem Patentrecht [42]), der die Exklusivität der Spezialgesetze unterstreicht: „en effet, ainsi que le tribunal de céans l'a souvent reconnu, les principes généraux du droit ne sont pas applicables lorsque, comme dans l'espèce, il existe et l'on invoque une loi spéciale, contenant les dispositions précises sur la matière, pour autant que ces dispositions ont trait aux circonstances du litige."

Die Praxis des Bundesgerichts läßt sich in wenigen Worten dahin zusammenfassen, daß es den allgemeinen Grundsätzen nur subsidiäre, nicht aber alternative Gültigkeit zuspricht [43]). Der größere Teil der schweizerischen Doktrin unterstützt die Judikatur unseres obersten Gerichtes [44]). Für alternative Anwendung des gemeinen Rechts, insbesondere der Bestimmungen über den unlautern Wettbewerb, treten ein Wieland [45]), Germann [46]), Pfister [47]), alle de lege lata und Bretscher [48]) de lege ferenda.

Wir haben nicht die Absicht, in dieser Streitfrage Stellung zu nehmen. Es handelte sich für uns lediglich darum, dieselbe aufzuweisen, um anschließend daran feststellen zu können, daß unserer Betrachtung eine andere Sachlage sich bietet. Die allgemein geführte Diskussion dreht sich, speziell auf das Patentrecht bezogen, um die Frage, ob der Patentinhaber neben dem ihm in den Art. 38 ff. PG gewährten Rechtsschutz alternativ einen Schutz aus ZGB und OR in Anspruch nehmen könne. Für uns steht indessen

---

[41]) BGE 54 II 62.

[42]) BGE 29 II 178.

[43]) Vgl. BGE 38 II 701.

[44]) Weiß, S. 56 ff.; Bühler, S. 93 ff.; Braun, S. 6 ff.; Komm. Oser z. OR 1915 zu Art. 45, S. 204 und 1929 N 2 zu Art. 48, S. 338; widersprechend Becker, Komm. z. OR 1917, S. 158.

[45]) Wieland, in SJZ Bd. 23, S. 211 ff.

[46]) Germann, in Vorarbeiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung, 1927.

[47]) Pfister, in Untersuchungen über das Verhältnis der Grundsätze über den unlauteren Wettbewerb zu den Bestimmungen der gewerblichen Spezialgesetze, 1936.

[48]) Bretscher, S. 29.

nicht der Schutz des Patentinhabers, sondern der Schutz des Erfinders, dessen Erfindung nicht Gegenstand eines Patentes ist, zur Diskussion. Auch er wird nun zwar, wie wir gesehen haben, durch die Nichtigkeits- und die Abtretungsklage gegenüber Verletzungen seines Rechtes durch das Patentgesetz geschützt. Es ist nun aber einleuchtend, daß es sich bei der Frage, ob das durch die Art. 16, Ziff. 2 und 20 PG geschützte Recht des Erfinders auf das Patent auch zivilrechtlichen Schutz genieße, um ein von dem oben aufgewiesenen verschiedenes Problem handelt. Das wird von Weidlich und Blum [49]) übersehen, wenn sie für die Lösung dieser Frage den oben zitierten BGE 54 II 63 heranziehen. Zudem wird er von ihnen falsch verstanden, wenn sie glauben, daß er ihre Ansicht bestätige, wonach „der durch die Patententwendung Geschädigte neben den ihm durch Art. 16, Ziff. 2 oder Art. 20 gegebenen Rechten eventuelle weitergehende Rechte, die ihm aus besonderen Rechtsgründen, wie Dienstvertrag, unerlaubte Handlung und dgl., zustehen, geltend machen kann." Denn dieser Entscheid des Bundesgerichts betont ja gerade seine ständige Praxis der Exklusivität des Patentgesetzes und der bloß subsidiären Anwendung der gemeinrechtlichen Bestimmungen.

Zur Lösung des Problems, wie es sich uns darbietet, führt folgende Ueberlegung: die Klagen auf Nichtigkeit und Abtretung des Patentes wurden nicht in der Absicht in das Patentgesetz aufgenommen, den Schutz des Urhebers einer nicht patentierten Erfindung in abschließender Weise zu regeln. Nicht der Schutz des Erfinders, sondern der Schutz des Patentinhabers ist Sache des Patentgesetzes. Der Erfinder, der ein Patent noch nicht erlangt hat, untersteht gleich den andern Urhebern gewerblicher Vermögensgüter, denen der spezialgesetzliche Schutz abgeht, wie schon erwähnt, unbestrittenermaßen und in erster Linie dem gemeinen Zivilrecht. Bestimmungen aber, die, wie die Nichtigkeits- und die Abtretungsklage, in Bestand und Schicksal des Patentes eingreifen, müssen im Patentgesetz normiert sein. In dieser Beziehung muß dasselbe lückenlos sein. Wäre z. B. die Uebertragung des Patentes im Patentgesetz nicht vorgesehen, so könnte eine entsprechende Klage nicht gewährt werden. In der richtigen Erkenntnis, daß „das Patentgesetz genau die an die Patente geknüpften Klagen und die möglichen Schicksale der Patente regelt", hat daher das

[49]) Weidlich und Blum, Anm. 3 zu Art. 20, S. 328.

Bundesgericht in dem noch unter der Herrschaft des alten Patentgesetzes, welches die Uebertragungsklage noch nicht kannte, gefällten, schon wiederholt zitierten [50]) Entscheide in A. S. 33 II 163 die Möglichkeit der Patentabtretung verneint. Mit der Aufnahme in das geltende Patentgesetz hat der Gesetzgeber ihre Voraussetzungen geregelt. Wenn er sie an eine Präklusivfrist von 3 Jahren seit der Patentanmeldung gebunden hat, ist dies, wie wir bereits feststellten, gewiß eine unbefriedigende und der Revision bedürftige Bestimmung; sie kann aber nicht in der Weise umgangen werden, daß man dem Erfindungsberechtigten ermöglicht, auf Grund eines Vertrages oder unerlaubter Handlung noch nach 5 oder 10 Jahren nach der Verletzungshandlung die Uebertragung des Patentes erwirken zu können. Julliard [51]) zieht zu Unrecht aus BGE 33 II 163 den Schluß, daß das Bundesgericht die Meinung vertrete, daß die Klagen aus dem gemeinen Recht, welche den Erfinder vom Entstehen der Erfindung an geschützt haben, nicht mehr angestrengt werden könnten, sobald auf dieselbe ein Patent erteilt worden sei. Das Bundesgericht sagt lediglich, daß die auf das dem Unberechtigten erteilte Patent einwirkenden Klagen durch das Patentgesetz abschließend geregelt seien. Keinesfalls will es die Geltendmachung zivilrechtlicher Klagen, die das Schicksal des Patentes nicht berühren, ausschließen. Die Ansicht des Bundesgerichts deckt sich mit der unsrigen. Der Satz: lex spezialis derogat legi generali darf hier nicht Anwendung finden. Burckhardt [52]) hält dafür, daß diese und ähnliche Parömien keine allgemeingültigen Wahrheiten, sondern nur eine sehr zweifelhafte Hypothese ausdrücken. Auch Enneccerus [53]) sagt, daß eine feste Regel oder selbst eine bloße Vermutung für die derogierende Wirkung der lex spezialis in der Frage, ob die mehreren Gesetze nebeneinander oder alternativ anzuwenden seien, oder ob das eine das andere ausschließe, nicht aufgestellt werden könne. Vielmehr handle es sich um eine Auslegungsfrage, die besonders nach Maßgabe des Zweckes der fraglichen Vorschriften und des Wertes des Ergebnisses der einen oder andern Auslegung zu lösen sei. In unseren vorangegangenen Ausführungen sind wir insbesondere gestützt auf die Untersuchung dieser beiden Gesichtspunkte zur Ablehnung der dero-

[50]) Vgl. S. 57 und S. 61 der Abhandlung.
[51]) Julliard, S. 6 und S. 22, Anm. 2.
[52]) Burckhardt, S. 265.
[53]) Enneccerus, S. 162.

gierenden Wirkung der patentgesetzlichen Erfinderschutzbestimmungen gelangt.

Anderer Meinung ist Becker[54]). Er glaubt, daß nur die Benutzung einer nicht angemeldeten Erfindung auf Grund des Art. 48 OR zivilrechtlich verfolgt werden könne, daß hingegen im Falle einer unberechtigten Patenterwerbung durch einen Dritten dem Erfinder bloß die Klagen aus dem Patentgesetz zustehen. Der Satz bei Becker, der m. E. so verstanden werden muß, hat folgenden Wortlaut: „Wird geltend gemacht, die Konkurrenz sei eine illoyale, weil der Beklagte einen Patentanspruch des Klägers verletzt habe, so kommt lediglich das BG über Erfindungspatente zur Anwendung, während z. B. die Verwendung einer noch nicht angemeldeten Erfindung des Konkurrenten, von der sich der Beklagte in unlauterer Weise Kenntnis verschafft hat, nach den Normen des gemeinen Rechts zu beurteilen ist." Pfister[55]) legt diesem Passus einen andern Sinn bei. Er meint, Becker verstehe unter „Patentanspruch" den „Anspruch aus dem Patent" und stellt ihn in Gegensatz zum „Anspruch aus Erfinderrecht". Wird dem Ausdruck Patentanspruch diese Bedeutung unterschoben, so würde Becker — wie Pfister richtig folgert — allerdings nichts anderes sagen, als daß Ansprüche aus dem Patent niemals auf Grund der Wettbewerbsgrundsätze, sondern nur auf Grund des Patentgesetzes geltend gemacht werden können. Angesichts dieses unsinnigen Ergebnisses unterliegt es keinem Zweifel, daß Becker der fraglichen Stelle den oben angeführten Sinn beilegen will. Das Wort Patentanspruch ist nicht als Anspruch aus dem Patent, sondern als Anspruch auf das Patent zu verstehen. Dies umsomehr, als sich ja auch das Patentgesetz in den Art. 16, Ziff. 2 und 20 des Ausdrucks „Anspruch auf Erteilung des Patentes" bedient. Eine Begründung seiner Behauptung, daß Erfinderrechtsverletzungen ausschließlich durch das Patentgesetz geschützt seien, gibt Becker nicht.

In Anbetracht der Notwendigkeit eines genügenden Erfinderschutzes sind Wissenschaft und Praxis in allen Ländern dazu gelangt, in irgend einer Weise, bloß ergänzend oder konkurrierend, die Grundsätze des gemeinen Zivilrechts anzuwenden. Das deutsche Reichsgericht hat schon in einem Entscheid aus dem Jahre 1892[56]) die Annahme, daß aus Rechten an Erfindungen nur diejenigen An-

---

[54]) Becker, Komm. z. OR N 7 zu Art. 48, S. 158.
[55]) Pfister, S. 34.
[56]) RGZ 29/49.

sprüche hergeleitet werden können, die das Patentgesetz statuiere, als unhaltbar erklärt; es sei vielmehr der Satz aufzustellen, „daß die in Ansehung der Rechte an Erfindungen in Betracht kommenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes durch die Patentgesetzgebung nur insoweit berührt sind, als die beiderseitigen Bestimmungen nicht zusammen bestehen können."

Die Möglichkeit der konkurrierenden Anwendung der gemeinrechtlichen Bestimmungen neben den patentrechtlichen kann in prozessualer Hinsicht zu Unzukömmlichkeiten führen. In Art. 49 PG schreibt der Bund den Kantonen vor, für die zivilrechtlichen Streitigkeiten betr. die Erfindungspatente [57]) eine einzige kantonale Gerichtsstelle zu bezeichnen. Zweck dieser Bestimmung ist nicht etwa die Errichtung eines Fachgerichtes, sondern sie dient lediglich der Regelung, insbesondere der Verkürzung des Instanzenzugs (vgl. BGE 56 II 328). Ihre günstige Auswirkung bei ausschließlich spezialrechtlichen Ansprüchen ist offensichtlich. Sobald jedoch in Konkurrenz damit zivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden, kann die unerwünschte Folge eintreten, daß die Klage aus dem gemeinen Recht nach dem zugrunde liegenden kantonalen Prozeßgesetz entweder vor einem andern kantonalen Richter erhoben werden muß als diejenige aus dem Spezialgesetz oder daß sie, im Gegensatz zu dieser, an eine weitere kantonale Instanz weiter gezogen werden kann [58]). Die im Verfahren vor den kantonalen Gerichten nicht zu umgehende Doppelspurigkeit in der Beurteilung ein und desselben Tatbestandes vermeidet das Bundesgericht [59]) dadurch, daß es seinen Entscheid über den ihm auf dem Wege der Berufung vorgelegten spezialrechtlichen Anspruch bis zur Erledigung des allgemeinrechtlichen vor den kantonalen Instanzen aussetzt. Infolge dieses Aufschubes der Urteilssprechung, die das Bundesgericht „nicht nur aus Gründen der Prozeßökonomie, sondern namentlich auch mit Rücksicht auf die Gefahr allfälliger Unstimmigkeiten in der Tatbestandsfeststellung durch zwei letztinstanzliche kantonale Gerichte" vornimmt, wird allerdings der Zweck der einzigen kantonalen Instanz, ein rascheres Vorgehen zu ermöglichen, vereitelt. Die beste Lösung zur Beseitigung des unbefriedigenden, heute herrschenden Zustandes sehe ich nicht in der Auf-

[57]) Analoge Vorschriften gelten für das MSG (Art. 29), das MMG (Art. 33) und des URG (Art. 45).

[58]) Eine einläßliche und zutreffende Kritik sowie Vorschläge de lege ferenda finden sich bei Braun, S. 103 ff.

[59]) Vgl. BGE 55 II 51 f.

hebung der bundesrechtlichen Bestimmungen betr. Schaffung der einzigen kantonalen Gerichtsstellen oder gar in der Errichtung eines Fachgerichtes zur Beurteilung der Prozesse des gewerblichen Rechtschutzes [60]), sondern in dem durch den Entwurf zu einem BG über den unerlaubten Wettbewerb [61]) vorgezeichneten Weg. Art. 7 dieses Entwurfes sieht nämlich vor, daß, wenn zivilrechtliche Ansprüche aus unerlaubten Wettbewerbshandlungen im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit aus Bundesgesetzen oder Staatsverträgen über den geistigen und gewerblichen Rechtsschutz stehen, die Klage aus unerlaubtem Wettbewerb bei der für die spezialgesetzlichen Streitigkeiten bezeichneten einzigen kantonalen Gerichtsstelle eingebracht werden können, wobei die Berufung an das Bundesgericht ohne Rücksicht auf den Wertbetrag der Streitsache zulässig sein soll. Da dieselbe Regelung ebensogut für alle andern neben den aus gewerblichen Spezialgesetzen aus gemeinem Recht resultierenden Ansprüche Berechtigung hat, hätte entweder der Bund den die einzige kantonale Instanz vorschreibenden Artikeln dieser Spezialgesetze eine analoge Bestimmung beizufügen, oder es wäre dieselbe von den Kantonen in ihre Zivilprozeßordnungen aufzunehmen.

II. Die Anwendungsfälle der gemeinrechtlichen Schutzbestimmungen.

1. Verletzung des Erfinderrechts infolge Patenterlangung durch einen Unberechtigten.

In der Regel handelt es sich um dieselben Tatbestände, bei deren Vorliegen die patentrechtlichen Klagen auf Nichtigerklärung oder Abtretung des Patentes erhoben werden können. Es mag aber daran erinnert werden, daß die Klage auf Abtretung des Patentes nach Ablauf von drei Jahren vom Tage der Patentanmeldung hinweg nicht mehr angestrengt werden kann und daß die verbleibende Nichtigkeitsklage einen sehr zweifelhaften Schutz bietet. Weiter kann es vorkommen, daß eine Herausgabe des Patentes unmöglich geworden ist, weil es infolge Verzichts oder Nichtbezahlung der Jahresgebühr durch den unberechtigten Patentinhaber selbst oder einen Dritten, auf den er das Patent übertragen hat, gemäß

[60]) Guyer, S. J. Z. Bd. 3, S. 33, 46, 58, 146 und Weiß, ebenda, S. 109.
[61]) B. Bl. 1934 Bd. II, S. 553 ff.

Art. 17 PG erloschen ist. Aber auch wo der Geltendmachung der patentrechtlichen Klagen nichts im Wege steht, vermögen diese dem Schutzbedürfnis des verletzten Erfinders nicht immer in ausreichendem Maße zu genügen. Es sind Fälle denkbar, wie wir sehen werden, wo die Uebertragung des Patentes dem Erfinder den erlittenen Schaden bei weitem nicht zu kompensieren vermag. Im weitern stellt sich die Frage, was mit dem Gewinn zu geschehen habe, den der unberechtigte Patenterwerber dank des erhaltenen ausschließlichen Benutzungsrechtes gezogen hat. Es ist eine bekannte Tatsache, daß gewisse Erfindungen, sobald sie auf den Markt geworfen werden, reißenden Absatz finden, dann aber nach relativ kurzer Zeit, vielleicht weil durch eine neue Erfindung überholt, von demselben wieder fast gänzlich verschwinden. Nachdem der Erfinder mit der Abtretungsklage durchgedrungen ist, kann ihm möglicherweise nur mehr ein faktisch wertloses Patent übertragen werden. Die Billigkeit verlangt, daß er auf den vom unberechtigten Patentinhaber gemachten Gewinn greifen kann. Bruch [62]) vertritt die Meinung, daß auf die Benutzung des mittels der Erfinderrechtsverletzung erlangten Patentes die Bestimmungen des Patentgesetzes betr. die Verletzungen des Patentrechts anzuwenden seien. Es stehe dem nicht entgegen, daß der Verletzer an sich kein Patentrecht des Erfinders, sondern sein eigenes Patentrecht in Benutzung genommen habe. Der benutzende Patentanmelder müsse genau so behandelt werden, wie wenn das Patent von Anfang an in der Person des Erfinders entstanden wäre. Bruch hatte vor allem deshalb Bedenken, ihn dem gemeinen Zivilrecht zu unterstellen, weil das deutsche Patentgesetz von 1891 in § 35 den Patentverletzer bloß für grobe Fahrlässigkeit haftbar machte und dieser somit besser gestellt gewesen wäre, als der benutzende Patenterwerber. Abgesehen davon, daß für das schweizerische Recht dieses Bedenken außer Betracht fällt, weil gemäß Art. 40 PG leichte Fahrlässigkeit zur Haftung auf Schadenersatz genügt, muß eine fiktive Anwendung der patentrechtlichen Rechtsschutzbestimmungen abgelehnt werden. Erfinderrechtsverletzungen und Patentrechtsverletzungen sind scharf voneinander zu trennen. Die Benutzung des Patentes durch dessen unrechtmäßigen Erwerber ist die unmittelbare Folge und das erstrebte Ziel der Erfinderrechtsverletzung und darf daher nicht den Rechtsfolgen der Patentverletzung unterstellt werden.

[62]) Bruch, S. 148.

2. *Verletzung des Erfinderrechts infolge neuheitsschädlicher Handlungen Dritter.*

Die Neuheit der Erfindung ist gemäß Art. 1 PG Voraussetzung für ihre Patentfähigkeit [63]). Der Verlust der Neuheit hat ein sofortiges Erlöschen des Rechtes auf das Patent zur Folge. Die in Art. 4 PG an erster Stelle genannte neuheitszerstörende Tatsache ist das Offenkundigwerden der Erfindung. Das Gesetz enthält weder Bestimmungen bezüglich der Person noch der Handlungen, durch welche die Offenkundigkeit bewirkt werden müßte. Die Tatsache des Offenkundigwerdens an und für sich genügt. Es ist demnach einmal ohne Belang, ob diese durch den Erfinder selbst oder durch dritte Person herbeigeführt worden sei [64]). Ist letzteres der Fall, so ist auch ohne Bedeutung, ob der Dritte auf recht- oder unrechtmäßige Weise, mit oder ohne den Willen des Erfinders gehandelt habe. Die Erfindung geht daher nach schweizerischem Recht auch der Neuheit verlustig, wenn die Offenkundigkeit auf der Verletzung einer Geheimhaltungspflicht beruht [65]), während in Deutschland das Reichsgericht den Grundsatz aufgestellt hat, „daß die durch Vertrauensbruch in die Oeffentlichkeit gelangte Kenntnis für die Frage der Offenkundigkeit auszuscheiden hat" [66]). Offenkundigkeit im Ausland schadet nach schweizerischem Recht der Neuheit der Erfindung nicht, im Unterschied auch wieder zum deutschen Recht, nach welchem Bekanntgabe in irgend einem Territorium, also auch außerhalb der Landesgrenzen, von Bedeutung ist. „Vorgänge zur Publikation einer Erfindung, die sich im Ausland abspielt, sind daher nach schweizerischem Recht unerheblich, sofern sich ihre Wirkung nicht irgendwie auf das schweizerische Staatsgebiet erstreckt" (BGE 29 II 161). Weiterhin ist im Gegensatz zum deutschen Recht, wo § 2 des Patentgesetzes Offenkundigkeit der Benutzung verlangt, in der Schweiz jede Art der Weiterverbreitung der Erfindung ausreichend, die zur Offenkundigkeit derselben führt. Der Dritte kann daher das Erfinderrecht in verschiedenster Weise, durch Ausführen, Ausstellen, Vortrag, Demon-

---

[63]) Vgl. § 3, Ziff. a der vorliegenden Arbeit.

[64]) Vgl. BGE 29 II 162.

[65]) Vgl. Weidlich und Blum, Anm. 5 zu Art. 4, S. 141, sowie BGE 54 II 62 und ein Entsch. des Zür. Handelsgerichts in Bl. f. Z. R., Bd. 27, S. 236. (Es handelt sich hier um zwei Entscheide aus dem MMG, wo Art. 12 eine dem Art. 4 PG ganz analoge Rechtslage schafft, indem nach MMG ein Muster oder Modell als neu gilt, „solange es weder im Publikum noch in den beteiligten Verkehrskreisen bekannt ist").

[66]) RGZ Bd. 122, S. 245.

stration usw. zum Untergange bringen. Als der wichtigste Fall der Erfinderrechtszerstörung hat jedoch auch bei uns die offenkundige Benutzung zu gelten. Die Ansicht Schanzes [67]), der als Offenkundigkeit den „höheren Grad des Bekanntseins" bezeichnet und infolgedessen verlangt, daß durch die Benutzung die Erfindung wirklich allgemein bekannt geworden sein müsse, steht im Widerspruch zu unseren früheren Ausführungen [68]) und ist deshalb abzulehnen. Hinsichtlich der andern neuheitszerstörenden Tatsache, der Veröffentlichung in Schrift- und Bildwerken ist als Unterschied zum deutschen Gesetz hervorzuheben, daß diese zwar einerseits ohne jede zeitliche Beschränkung, anderseits aber nur, wenn sie vor der Patentanmeldung im Inland vorhanden waren, der Neuheit der Erfindung schaden. Auch hier ist wiederum allein die Tatsache der Veröffentlichung maßgebend. Die Vornahme durch einen Dritten, mit oder ohne den Willen des Erfinders, hat die gleiche Wirkung, wie wenn sie von diesem selbst ausgegangen wäre.

Eine wichtige Neuerung wurde, in Anlehnung an das englische und amerikanische Recht, in das deutsche Patentgesetz von 1936 aufgenommen: „Eine innerhalb von sechs Monaten vor der Anmeldung erfolgte Beschreibung oder Benutzung bleibt außer Betracht, wenn sie auf der Erfindung des Anmelders oder seines Rechtsvorgängers beruht" [69]). Danach ist der Erfindungsberechtigte gegen die Handlungen von Drittpersonen geschützt, welche die Erfindung unbefugterweise von ihm entnommen und gegen seinen Willen offenkundig ausgeführt oder beschrieben haben, sofern er binnen sechs Monaten seit dem Zeitpunkte der Veröffentlichung oder Benutzung der Erfindung zur Anmeldung schreitet. Ferner verleiht diese Bestimmung dem Erfindungsberechtigten selbst die Möglichkeit, während dieses Zeitraumes die für die praktische Ausgestaltung oder Auswertung seiner Erfindung nötigen Veröffentlichungen oder Benutzungen vorzunehmen, ohne sich dadurch seines Rechts auf das Patent zu begeben.

III. Die einzelnen Ansprüche aus dem gemeinen Zivilrecht.

1. Ansprüche aus Vertrag.

Beeinträchtigungen des Erfinderrechts können sich aus Verfügungen Dritter über eine Erfindung ergeben, welche im Wider-

[67]) S. J. Z. Bd. 4, S. 19.
[68]) Vgl. S. 42 dieser Abhandlung.
[69]) § 2, Satz 2 d. PG.

spruch zu vertraglichen Vereinbarungen stehen. In Frage kommen Verträge verschiedenster Art, wie Dienstvertrag, Auftrag, Werkvertrag. Teilt ein Erfinder einem in seinen Diensten stehenden Angestellten oder irgend einem Beauftragten seine Erfindung mit, um sie für sich ausbeuten oder damit Versuche vornehmen zu lassen und wird sie dabei offenkundig, indem sie der Dienstnehmer oder Beauftragte z. B. veröffentlicht, offenkundig benutzt oder ausprobiert, oder zum Patent anmeldet, so kann der Erfinder Ansprüche aus dem zugrunde liegenden Vertrage geltend machen. Die Verpflichtung, sich derartiger Verletzungshandlungen zu enthalten, braucht nicht ausdrücklich übernommen zu sein. Sie kann sich stillschweigend aus dem bestehenden Vertragsverhältnis ergeben.

Dasselbe gilt für den Fall, daß der Erfinder einem Dritten eine Lizenz an der Erfindung einräumt. Der Lizenznehmer ist befugt, die Erfindung auf seine eigene Rechnung auszubeuten. Daneben besteht aber nicht bloß die Verpflichtung, nach Ablauf der Lizenzfrist die Benutzung der Erfindung einzustellen und die Zeichnungen, Modelle etc. an den Erfinder zurückzugeben, sondern der Lizenznehmer ist auch verpflichtet, die Erfindung weder offenkundig werden zu lassen noch zum Patent anzumelden.

2. *Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung.*

a) Die Voraussetzungen.

Art. 41, Abs. 1 OR verpflichtet denjenigen zur Leistung von Schadenersatz, der einem andern widerrechtlich und schuldhaft Schaden zufügt. Der Vermögensschade, den der Erfinder durch die sub. Ziff. II genannten Verletzungshandlungen erleidet, besteht darin, daß er seine Erfindung nicht mehr anmelden, bzw. kein gültiges Patent mehr erhalten kann. Da Widerrechtlichkeit stets vorhanden ist, wo ein absolutes Recht, als welches wir das Erfinderrecht kennen gelernt haben, verletzt wird [70]), bleibt für eine Ersatzforderung aus der subsidiären Vorschrift des Art. 41, Abs. 2, welche einen Verstoß gegen die guten Sitten der Widerrechtlichkeit gleichstellt, kein Raum. Widerrechtlichkeit würde nur dann etwa fehlen, wenn der Geschädigte in die verletzende Handlung eingewilligt hätte [71]).

[70]) Vgl. Guhl, S. 91.

[71]) Vgl. von Tuhr, schweiz. OR 1. Bd., S. 333; Komm. Oser 1929 N 22 zu Art. 41, S. 284.

Damit der Tatbestand unter Art. 41, Abs. 1 fällt, ist weiterhin Vorsatz oder Fahrlässigkeit erforderlich. Meldet jemand eine fremde Erfindung zum Patent an, so wird in der Regel Vorsatz gegeben sein. Fahrlässigkeit wird häufig bei Erfinderrechtszerstörung infolge Offenkundigwerdens vorliegen.

Die Ansprüche aus unerlaubter Handlung richten sich grundsätzlich nur gegen den Verletzer, nicht aber gegen dessen Rechtsnachfolger, es sei denn, daß diesen selbst ein Verschulden treffe (Art. 50 OR).

b) Der Schadenersatz.

aa) Bei Patenterteilung an einen Nichtberechtigten.

Es werden zwei Arten von Schadenersatz unterschieden: Naturalersatz und Geldersatz. Ersterer besteht in der Wiederherstellung des Zustandes, der ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses vorhanden wäre; letzterer in der Leistung einer dem Schaden entsprechenden Geldsumme. Ein eigentlicher Naturalersatz ist nicht möglich, da die Patenterteilung und ihre Wirkungen nicht rückgängig gemacht werden können. Die bestmöglichste Reparation, die in ihrem Effekt dem früheren Zustande am nächsten kommt, besteht in der Abtretung des Patentes an den Verletzten. Diese ist durch Art. 20 PG statuiert und abschließend geregelt, sodaß nicht untersucht zu werden braucht, ob sie allenfalls als Ersatzleistung aus unerlaubter Handlung in Frage gekommen wäre. Art. 41, Abs. 1 gewährt demnach dem Erfinder ausschließlich Geldersatz. Dieser erlangt von dem Momente an besondere Bedeutung, wo die Abtretungsklage infolge Ablaufs der 3-jährigen Präklusivfrist nicht mehr möglich ist.

Als zu ersetzender Schaden kommen sowohl damnum emergens als auch lucrum cessans in Betracht. Ersterer kann beispielsweise daraus entstehen, daß finanzielle Aufwendungen des Erfinders für Anlagen zur Herstellung des Erfindungsgegenstandes sich als nutzlos erweisen, wenn eine Aufnahme der Ausbeutung der Erfindung nach deren Patentierung und Benutzung durch einen Andern für ihn nicht mehr in Frage kommt. Letzterer ist der Gewinn, der dem Verletzten durch den Umstand, daß er seine Erfindung überhaupt nie oder wenigstens nicht bis zur Uebertragung des Patentes unter Ausschluß anderer Mitbewerber benutzen konnte, entgangen ist. Ist die Uebertragung nicht mehr möglich und die Vernich-

tung des Patentes für den Erfinder nicht wünschenswert, so ist, da bei fortbestehendem Patent des Nichtberechtigten der Schaden in einem Dauerzustand besteht, der sich in die Zukunft erstreckt, auch der zukünftige Schaden mit in Rechnung zu stellen [72]).

Der Erfinder kann auch Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens erheben, der ihm mittelbar durch den Eingriff in sein Recht auf das Patent entstanden ist. Es kann ihm ein Schaden erwachsen, der weit über sein unmittelbares Interesse an dem Fortbestand seines Rechtes hinausgeht. Die Erfindung kann von seinen Interessen aus gesehen z. B. von dem verletzenden Dritten verfrüht zum Patente angemeldet worden sein. Richtig ist, wie Bruch [73]) bemerkt, daß eine vorzeitig zum Patent angemeldete Erfindung im Verkehrsleben einen weit geringeren Wert haben kann, als eine Erfindung, deren Anmeldung man noch hinauszögern kann und daß die Industrie in vielen Fällen Wert darauf legt, zunächst einmal den Fabrikationsbetrieb auf die Produktion des Erfindungsgegenstandes einzustellen, um sich erst dann um ein Patent zu bewerben, nachdem sie in dieser Weise der Konkurrenz gegenüber einen technischen Vorsprung gewonnen hat. Liegt ein solcher Fall vor, so kann der Erfinder auch für den durch die verfrühte Anmeldung entstandenen Schaden Geldersatz verlangen.

Bei der Bemessung des Schadenersatzes hat der Richter besonders das Maß des Verschuldens zu berücksichtigen [74]). Konkurrierendes Verschulden des geschädigten Erfinders bewirkt Herabsetzung des zu leistenden Ersatzes [75]). Mitverschulden ist nicht nur vorhanden bei gleichzeitiger Herbeiführung des Schadens durch beide Parteien, sondern ergibt sich auch aus Handlungen und Unterlassungen, die nach oder vor Eintritt des Schadens begangen wurden. Ein Mitverschulden letzterer Art liegt z. B. dann vor, wenn der Erfinder, trotz der Kenntnis einer erfolgten Patentanmeldung, wider Treu und Glauben die Geltendmachung seiner Rechte unterläßt und dadurch den durch die Patenterteilung entstandenen Schaden mit herbeiführt.

Wir haben oben gesagt, daß der Geschädigte Ersatz für den ihm infolge Verletzung seines Rechts entgangenen Gewinn verlangen kann. Eine andere Frage ist die, ob dem Schadenersatz-

---

[72]) S. Guhl, S. 47; Komm. Oser, N 19 zu Art. 41, S. 313.
[73]) Bruch, S. 102.
[74]) Art. 43, Abs. 1 OR.
[75]) Art. 44, Abs. 1 OR.

anspruch auch vom Schädiger auf Grund des erlangten Patentes erzielte Gewinne unterliegen, die unter Umständen diejenigen, welche der Verletzte zu machen imstande gewesen wäre, übertreffen. M. E. muß eine auf Art. 41 OR gestützte Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinnes verneint werden. Denn unter „Schaden" hat die Doktrin seit jeher die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögen eines Rechtssubjektes und der hypothetischen Größe, die es aufweisen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, verstanden [76]). Der Gewinn des Verletzers kann also nur dann als Schaden des Verletzten angesehen werden, wenn er diesem *entgangen* ist, d. h. wenn anzunehmen ist, daß auch er ihn erzielt haben würde. Das Bundesgericht vertritt eine andere Ansicht. Es hat wiederholt entschieden, daß der Schadenersatzanspruch des Verletzten immer auch den Anspruch auf Herausgabe des vom Verletzer erzielten Gewinnes in sich schließe [77]). Die ergangenen Urteile betreffen zwar Patentverletzungen; der zugrunde liegende Tatbestand ist indessen insoweit analog, als es sich in beiden Fällen um Gewinnerzielung aus der Verletzung fremder Rechte handelt. Das Bundesgericht hat diese sonderbare Ausweitung des Schadenersatzanspruchs aus dem deutschen Recht übernommen. Ihr dortiger Begründer war Josef Kohler [78]), dem seinerseits wiederum — allerdings nicht für seine Auffassung über den Inhalt der Entschädigungspflicht, sondern bloß für den an sich guten Gedanken des Gewinnherausgabeanspruchs — das anglo-amerikanische Recht zum Vorbild gedient hat [79]). Das deutsche Reichsgericht hat sich in dem grundlegenden Entscheid in RGZ Bd. 35, S. 70, auf den alle späteren zurückverweisen, zu Kohlers Ansicht bekannt. Unter den auf Kohler folgenden deutschen Autoren sind die Meinungen geteilt. In der schweizerischen Literatur wird die vom Bundesgericht vertretene Schadenersatztheorie für das Patentrecht von Weidlich und Blum (S. 442) unterstützt und für das Markenrecht hat sie in Matter [80]) einen Anhänger gefunden. Der Grund, warum das Bundesgericht im Patentrecht und Matter im Markenrecht eine Gewinnherausgabe als Schaden-

---

[76]) Vgl. Guhl, S. 45; von Tuhr, schweiz. OR, S. 69; Komm. Oser N 14 zu Art. 43, S. 312. Das Bundesgericht gibt eine ähnliche Schadendefinition; BGE 50 II 380, 64 II 138.

[77]) BGE 35 II 658, 49 II 518.

[78]) Vgl. vor allem Hdb. S. 568.

[79]) Vgl. hierüber speziell und betr. die Ablehnung der von ihm so genannten Schadenersatztheorie im allgem.: Moser, S. 29 ff.

[80]) Matter, Komm. zum MSG, 1939, S. 239.

ersatz zu konstruieren versuchen, liegt in der von ihnen befürworteten Meinung, daß die Bestimmungen des gemeinen Rechts bloß ergänzend, nicht aber konkurrierend, neben die Bestimmungen der Spezialgesetze treten[81]). Das Patentgesetz sieht eine Erstattung des auf Grund einer Patentverletzung gezogenen Gewinns nicht vor, sondern spricht in Art. 39 nur von Schadenersatz. Will das Bundesgericht, in richtiger Erkenntnis der rechtspolitischen Notwendigkeit einer Pflicht zur Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinns, denselben nun trotzdem dem Verletzten zusprechen, so ist es gezwungen, die Herausgabe auf den Schadenersatzanspruch zu stützen. Dabei ist ihm wohl bewußt, daß es sein Ziel lediglich vermittelst Heranziehung einer Bestimmung erreichen kann, die tatsächlich zur Herausgabe einer derartigen Vorteilsziehung verpflichtet und stößt dabei auf Art. 423 OR, dessen direkte Anwendung ihm jedoch sein eingenommener Standpunkt verbietet. Das Bundesgericht gelangt so zu einer eigenartigen Verquickung des Schadenersatzanspruches mit dem Anspruch aus eigennütziger Geschäftsführung, die besonders deutlich in seinen Ausführungen in A. S. 35 II 659 zu Tage tritt. Nachdem es gesagt hat, daß es dem Zweck des Patentgesetzes entspreche, daß allein der Patentinhaber zur Profiterzielung aus dem Patent berechtigt sei und daß diesem alle aus der Erfindung resultierenden Gewinne gesichert werden müßten, fährt es fort: „Si donc un tiers l'exploite sans droit il gère forcément l'affaire du titulaire du brevet et en application des règles sur la gestion d'affaires (Art. 473 Co)[82]) il doit lui remettre les gains qu'il en a tirés. S'il ne les lui remet pas, il lui cause un dommage et l'on peut dire dès lors que la réparation du dommage, prévue par la loi, comprend nécessairement et à tout le moins la restitution des bénéfices réalisés par le contrefacteur." Wir haben hier eine offensichtliche petitio principii vor uns, indem das Bundesgericht an Stelle der Gewinnerzielung die Weigerung, den erzielten Gewinn herauszugeben, zu der zum Ersatz verpflichtenden unerlaubten Handlung stempelt. Unser oberstes Gericht wird solange nicht zu einer befriedigenderen Lösung des Problems der Gewinnherausgabe gelangen, als es neben den Spezialgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes die konkurrierende Anwendung der gemeinrechtlichen Bestimmungen, also insbesondere auch derjenigen über die eigennützige Geschäftsführung ausschließt, oder

[81]) Vgl. S. 66 ff. dieser Abhandlung.
[82]) Entspricht Art. 423 n. OR.

durch eine Revision dieser Gesetze die Herausgabe des widerrechtlich gezogenen Gewinns nicht statuiert wird [83]).

Auf dem Gebiete des Erfinderrechts steht einer direkten Anwendung des Art. 423 m. E. nichts im Wege [84]).

bb) Schadenersatz infolge neuheitszerstörender Handlungen Dritter.

Welche Verletzungshandlungen in Betracht kommen, wurde oben unter Ziffer II, 2 erörtert. Dem verletzten Erfinder stehen ausschließlich zivilrechtliche Klagen zu; patentrechtliche fallen aus dem Grunde weg, weil es gar nicht zur Erteilung eines Patentes gekommen ist. Eine Klage auf Gewinnherausgabe nach Art. 423 OR kommt in der Regel nicht in Frage, weil diese Art von Erfinderrechtsverletzungen dem Verletzer keine ökonomischen Vorteile einzubringen pflegen. Umso wichtiger wird für den Erfinder die Schadenersatzklage aus unerlaubter Handlung. Da jedes Verschulden, auch bloß leichte Fahrlässigkeit genügt, dürfen in Anbetracht der Tatsache, daß einerseits derartige Vergehen häufig als recht verzeihlich erscheinen und anderseits der durch die Zerstörung des Erfinderrechts entstandene Schaden eine unverhältnismäßige Höhe erreichen kann, an die Fahrlässigkeit nicht zu niedrige Anforderungen gestellt werden.

3. Ansprüche aus eigennütziger Geschäftsführung.

a) Bedeutung und Umfang des Art. 423 OR.

Der vom Gesetzgeber unter dem Titel „Geschäftsführung ohne Auftrag" subsumierte und mit dem Marginale „Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsführers" versehene Art. 423 OR lautet:

„Wenn die Geschäftsführung nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurde, so ist dieser gleichwohl berechtigt, die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile sich anzueignen.

Zur Ersatzleistung an den Geschäftsführer und zu dessen Entlastung ist der Geschäftsherr nur soweit verpflichtet, als er bereichert ist."

---

[83]) Der Vorentwurf Germanns zu einem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb hatte in Art. 4, Abs. 3 einen Gewinnherausgabeanspruch vorgesehen; im Entwurf des Bundesrates vom 11. Juni 1934 wurde er jedoch wieder fallen gelassen (Art. 3 des Entwurfes).

[84]) S. die Ausführungen unter Ziff. 3.

Dieser Tatbestand ist unter dem Namen der „unechten Geschäftsführung ohne Auftrag" bekannt. „Unecht" wird sie deshalb genannt, weil dem Geschäftsführer der Wille zur Führung eines fremden Geschäftes fehle. Der animus aliena negotia gerendi bilde das wesentliche Tatbestandsmerkmal der echten Geschäftsführung ohne Auftrag.

Der Begriff der unechten Geschäftsführung wurde in neuester Zeit von Moser einer, wie mir scheint, berechtigten Kritik unterzogen. Indem er die auftragslose Geschäftsführung nicht wie bisher üblich auf das subjektive Moment des Geschäftsführungswillens, sondern auf das objektive Moment der Führung fremder Geschäfte gründet, gelangt er zum Resultat, daß auch Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsführers eine durchaus *normale* Art der Geschäftsführung ohne Auftrag darstelle [85]). Von anderer Seite [86]) wird nicht der Begriff der Unechtheit, sondern die Bezeichnung, weil nichtssagend und farblos, kritisiert. Reichel [87]) hat den Ausdruck „Geschäftsanmaßung" geprägt, der von Guhl [88]) und Suter [89]) übernommen wurde. Besser, weil auch für den Fall der Gutgläubigkeit zutreffend, ist der von Moser gewählte Ausdruck der „eigennützigen Geschäftsführung".

Es wird die Meinung vertreten, daß der Gesetzgeber in Art. 423 nicht bloß die eigennützige Geschäftsführung, sondern alle diejenigen Fälle auftragsloser Geschäftsführung habe normieren wollen, die nicht unter den vorhergehenden, die Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsherrn regelnden Art. 422 fallen. Bloß nach dem Wortlaut der beiden Bestimmungen beurteilt, bestehe nämlich eine Lücke im Gesetz, da nicht ersichtlich sei, „unter welche Regel jene Handlungen gestellt werden sollen, die zwar mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurden, durch dieses Interesse aber nicht geboten waren" [90]). Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 423 ergebe sich, daß seine Fassung auf einem Redaktionsversehen beruhe und daher, in Ergänzung des Art. 422, richtigerweise folgendermaßen lauten sollte: „Wenn die Uebernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn nicht geboten war, so . . ." Will man dieser Auf-

[85]) Moser, S. 102 ff.
[86]) Vgl. Suter.
[87]) S. J. Z. Bd. 26, S. 199.
[88]) Guhl, S. 210.
[89]) Suter, S. 115.
[90]) Suter, S. 123.

fassung zustimmen, so müßte, um einen Widerspruch zwischen Text und Marginale zu vermeiden, letzteres etwa durch die Worte „Geschäftsführung entgegen dem Interesse des Geschäftsherrn" erweitert werden[91]). Weiter auf diese allgemeinen Fragen einzugehen, gestattet der Rahmen unserer Arbeit nicht. Bloß das Eine sei noch erwähnt: Der Aeußerung Guhls[92]), daß die Geschäftsanmaßung, worunter er sowohl bösgläubige wie gutgläubige Besorgung fremder Geschäfte im eigenen Interesse versteht, im OR nicht geregelt sei (wohl aber unter den Tatbestand des Art. 423 gestellt werden könne), kann ich nicht beipflichten. Auch wenn man sich zu dem erweiterten Inhalt des Art. 423 OR bekennt, so wird die eigennützige Geschäftsführung dennoch, wenn auch nicht allein, von dieser Bestimmung erfaßt und geregelt.

b) Die widerrechtliche Patenterlangung als eigennützige Geschäftsführung.

Wolf hat in zwei in der Zeitschrift für schweiz. Recht[93]) erschienenen Aufsätzen überzeugend dargelegt, daß Art. 423 OR dem Schutze des subjektiven Rechtes vor Ausbeutung durch unbefugte Dritte diene. Wir haben früher gesehen, daß das Erfinderrecht ein absolutes subjektives Recht des Erfinders ist. Jede unbefugte Ausnützung des Erfinderrechts erweist sich demnach als widerrechtliche Ausbeutung eines fremden Rechts und somit als eigennützige Geschäftsführung. Dasselbe gilt grundsätzlich für alle Gebiete des gewerblichen und künstlerischen Urheberrechts. Daß insbesondere auch bei Patentverletzungen — allerdings in einer von uns kritisierten Art und Weise — Art. 423 OR herangezogen wird, ist uns nach den auf S. 80 ff. gemachten Ausführungen bekannt. Auch Oser-Schönenberger[94]), Becker[95]) und Guhl[96]) führen die unberechtigte Verwertung von Patenten als Beispiel der eigennützigen Geschäftsführung an.

Auf dem Gebiete des Erfinderrechts muß der durch unberechtigte Anmeldung erwirkte Patenterwerb als Besorgung eines fremden Geschäftes angesehen werden. Diese Handlung qualifiziert sich als die Ausübung eines subjektiven Rechts des Erfinders und damit

---

[91]) Vgl. Moser, S. 111, Anm. 55.
[92]) Guhl, S. 210.
[93]) Z. f. S. R., Bd. 46, S. 313 ff., und Bd. 51, S. 76 ff.
[94]) Oser-Schönenberger, N 2 zu Art. 423, S. 1556.
[95]) Becker, N 1 zu Art. 423, S. 612.
[96]) Guhl, S. 210.

als Führung eines Geschäftes, welches der Erfinder als Geschäftsherr allein zu tätigen berechtigt ist. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Erfinder gleich gehandelt hätte, wenn die Verletzung seines Rechts nicht erfolgt wäre. Es genügt, daß der Verletzte allein befugt war, das Geschäft zu führen.

c) Die Herausgabe der erlangten Vorteile.

aa) Als ein auf Grund des Geschäftsführungsaktes der unerlaubten Anmeldung erlangter Vorteil wäre in erster Linie das erteilte Patent anzusehen. In Anbetracht der patentrechtlichen Regelung der Abtretungsklage kommt indessen dem Art. 423 in dieser Hinsicht keine Bedeutung zu[97]). Hingegen unterliegt der aus der Verwertung des Patentes erzielte Gewinn der Aneignung durch den Erfinder. Dieser Gewinn besteht nicht bloß aus dem durch Verkauf der widerrechtlich produzierten Erzeugnisse resultierenden Gelderlös, sondern auch aus den aus der rechtswidrigen Herstellung stammenden körperlichen Produkten. Für die Bestimmung des Umfanges des herauszugebenden Gewinns ist weder die Entreicherung des Verletzten noch die Bereicherung des Verletzers maßgebend[98]). Der Erfinderrechtsverletzer ist zur Herausgabe desjenigen Gewinns verpflichtet, für den die Verletzung kausal ist. War er zur Benutzung der nichtpatentierten Erfindung berechtigt, so ist er, wenn er widerrechtlich das Patent auf diese Erfindung erwirbt, nur insofern und soweit zur Herausgabe des Gewinns verpflichtet, als er diesen ohne die Verletzung des Erfinderrechts nicht oder nicht in dem erreichten Umfange erzielt hätte[99]). Das erlangte Patent muß die conditio sine qua non des Gewinnes darstellen. Als Folge seiner Ausschließlichkeit ermöglicht das Patent seinem Inhaber vielleicht die Ansetzung eines höheren Preises oder die Vergrößerung des Absatzes der Erfindungsprodukte. Möglicherweise verzichtet er auf eigene Produktion, verschafft sich aber materielle Vorteile durch Erteilung von Lizenzen.

Der herauszugebende Gewinn ist in der Weise zu ermitteln, daß der mittels des Eingriffs in das fremde Erfinderrecht erzielte

---

[97]) Unter der Herrschaft des alten deutschen Patentgesetzes diente der unserem Art. 423 OR entsprechende § 687, Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage für die Uebertragung des Patentes. Vgl. Kisch, Hdb. S. 60; Kent, Komm. S. 152; RGZ Bd. 29, S. 49.

[98]) Moser, S. 181 ff.

[99]) Vgl. hiezu allgem. Moser, S. 202 ff., insbes. S. 209.

Gewinn demjenigen, der ohne einen solchen nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge hätte erwartet werden können, gegenübergestellt wird. Der Herausgabepflicht unterliegt nur der Reingewinn. Der Erfinderrechtsverletzer darf von seinem Bruttogewinn die zu dessen Erreichung notwendigen Kosten, also alle Produktions- und Vertriebskosten, sowie die Hinterlegungs- und Patentgebühren abziehen. Dem Erfinder wären ja dieselben Ausgaben erwachsen, wenn er selbst seine Erfindung in gleicher Weise ausgenützt hätte. Der Verrechnungsanspruch des Verletzers folgt aus Art. 423, Abs. 2 OR, der den Geschäftsherrn insoweit zur Ersatzleistung an den Geschäftsführer verpflichtet, als er bereichert ist.

bb) Art. 423 läßt die Gewinnherausgabepflicht unabhängig von der Tatsache entstehen, ob dem Geschäftsführer die Fremdheit des Geschäftes bekannt war oder nicht. Die schweizerische Rechtswissenschaft ist sich darüber einig, daß sowohl fahrlässige wie schuldlose Unkenntnis (Gutgläubigkeit) den Anspruch begründet[100]). Es besteht die Tendenz, auf dem Gebiete des Immaterialgüterrechts von dieser Regel Ausnahmen zuzulassen. In der deutschen Rechtswissenschaft ist seit längerer Zeit eine heftige Diskussion über die Frage entbrannt, ob der Anspruch auf Herausgabe des Gewinns bei gutgläubiger Patentverletzung gerechtfertigt sei oder nicht. Der Streit spielt sich zwar auf dem Gebiete des Bereicherungsrechtes ab; mit ebenso großer Berechtigung kann die Frage inbezug auf die Gewinnherausgabe aus eigennütziger Geschäftsführung aufgeworfen werden. Die Gegner des Herausgabeanspruchs weisen nämlich durchwegs auf die „unhaltbaren" Konsequenzen hin, welche die Anerkennung dieses Anspruchs im Gefolge habe. Als das schwerwiegendste, insbesondere von Bolze aufgeführte Argument für die Ablehnung ist dasjenige der schikanösen Verzögerung der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs. „Der Patentträger, welcher zu einer Zeit, wo er selbst beim Mangel von Mitteln oder aus Furcht vor Verlusten seine patentierte Erfindung noch nicht oder nur in geringem Umfange auszubeuten unternommen hat, erfährt, daß ein gutgläubiger Dritter ohne Kenntnis des fremden Patentes die Erfindung seinerseits auszubeuten unternimmt, dürfte gefahrlos den Dritten seine Kapitalien riskieren lassen. Bewährt sich die Erfindung nicht, so hat der Patentträger nichts verloren. Bewährt sie sich, so hat der Dritte bei

[100]) Komm. Becker, N 1 zu Art. 423; Komm. Oser-Schönenberger N 2 zu Art. 423; Suter, S. 130 f; Reichel, S. J. Z. Bd. 26, S. 199.

Annahme jenes Rechtssatzes sein Geld und seine Arbeit lediglich zu Gunsten des Patentinhabers aufgewendet. Dieser meldet sich nun mit dem Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung“ [101]). Die gleichen Bedenken können natürlich auch bei der Verletzung des Erfinderrechts aufkommen, wenn der Erfinder in derselben unlauteren Absicht mit der Geltendmachung seines Anspruchs gegenüber dem benutzenden Patenterwerber zuwartet. Praktisch werden jedoch solche Fälle selten sein. Der Verletzte wird in der Regel sofort gegen den Verletzer vorgehen. Denn es handelt sich für den Erfinder nicht bloß um das Produzieren und Verkaufen des auf seiner Erfindung beruhenden Gegenstandes, sondern es spielen, worauf Orth [102]) hinweist, noch ganz andere Momente, wie Erfinderehre, Ruf und Kredit der Firma, Erweiterung des Kundenkreises, das Fußfassen auf dem Markte, dann aber besonders auch die Sicherung des Beweises eine wichtige Rolle.

Die Gefahr des schikanösen Zuwartens besteht selbstverständlich nur, wenn das Gesetz infolge einer langen Verjährungsfrist ein solches überhaupt möglich macht [103]). Gemäß Art. 127 OR verjähren die Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, da für sie keine spezielle Frist vorgesehen ist, nach 10 Jahren. Ein Schutz gegen das bei dieser langen Verjährungsfrist mögliche schikanöse Aufschieben der Klage könnte Art. 2 ZGB bieten, da in einer derartigen Handlungsweise ein Rechtsmißbrauch zu erblicken ist. Ich schließe mich jedoch der von Moser [104]) geäußerten und zutreffend begründeten Ansicht an, daß für Art. 423 nicht die 10-jährige, sondern die 1-jährige Verjährungsfrist der Deliktsobligation des Art. 60 OR gelte. Diese Lösung rechtfertigt sich auch im Hinblick auf die 1-jährige Verjährungsfrist des Bereicherungsanspruches, da es im höchsten Grade unbillig wäre, „den gutgläubigen Verletzer, dessen Gewinn ganz oder zum Teil aus dem Vermögen des Verletzten stammt, trotz Eintritt der Verjährung des Bereicherungsanspruches nach Art. 67, Abs. 1 OR dadurch auf Herausgabe dieser Bereicherung zu verurteilen, daß man die letztere als Geschäftsführungsgewinn bezeichnet“ [105]).

---

[101]) Bolze, Archiv f. d. Civil. Prax. Bd. 92, S. 343 ff.

[102]) Orth, S. 73.

[103]) Der Bereicherungsanspruch des deutschen BGB verjährt gemäß § 195 erst nach 30 Jahren. Dieselbe Frist gilt nach der herrschenden Meinung auch für den Anspruch aus der „unechten Geschäftsführung“ des § 687, Abs. 2 BGB.

[104]) Moser, S. 228/30.

[105]) Moser, S. 228.

cc) Mit der Pflicht zur Herausgabe des ungerechtfertigt erzielten Gewinns ist die Pflicht auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung verbunden. Ohne diese könnte der in seinem Recht auf das Patent verletzte Erfinder mit seinem Anspruch aus eigennütziger Geschäftsführung nichts anfangen. Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung ist für das Auftragsrecht in Art. 400, Abs. 1 OR ausdrücklich statuiert. Daß auch das Bundesgericht hinsichtlich der eigennützigen Geschäftsführung eine Pflicht zur Rechnungslegung annimmt, ist aus dem Entscheid in A. S. 34 II 700 ersichtlich, wo es als Beispiel des allgemeinen Grundsatzes, „wonach derjenige, der aus fremdem Vermögen ohne oder gegen den Willen des Eigentümers Gewinn zieht, das rechtlich nicht für sich zu tun vermag, sondern nur für den Eigentümer, dem er rechnungs- und erstattungspflichtig ist", u. a. auch den Fall der nicht im Interesse des Geschäftsherrn unternommenen Geschäftsführung aufführt.

dd) Der Klage aus unerlaubter Handlung gegenüber weist das Vorgehen aus der Bestimmung über die eigennützige Geschäftsführung den Vorteil auf, daß der Erfinder eventuell mehr erhält als sein Schaden beträgt, nämlich dann, wenn der Geschäftsführer, z. B. weil er über mehr Kapital verfügt, die Möglichkeit hatte, das Patent besser auszunutzen und mehr daraus zu gewinnen als der Erfinder. Ferner ist der Erfinder des Schadensnachweises, den er nicht nur seiner Schwierigkeit wegen, sondern oft mehr noch wegen des damit verbundenen Einblicks in seine Geschäftsverhältnisse scheut, enthoben.

Der Erfinder ist nicht darauf beschränkt, den einen oder den andern Anspruch geltend zu machen. Er kann sich gleichzeitig auf OR 41 ff. und OR 423 berufen. Die beiden Ansprüche stehen in Konkurrenz zueinander. Durch die Erfüllung des einen erlischt der andere, soweit er nicht über den Umfang des ersten hinausgeht [106]).

4. Kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Die Ansprüche des Erfinders bei Verletzung seines Erfinderrechts sind weiter unter dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung zu prüfen. Die allgemeine Bestimmung des Art. 62, Abs. 1 OR, die hier allein in Frage kommt, verpflichtet denjenigen zur Rückerstattung der Bereicherung, der in ungerecht-

[106]) v. Tuhr, schweiz. OR 1. Bd., S. 34.

fertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist. Der Kondiktionsanspruch bedarf der folgenden 4 Voraussetzungen: 1. Einer Bereicherung in der Person des Verpflichteten. 2. Einer Einbuße oder „Entreicherung" in der Person des Berechtigten. 3. Des Kausalzusammenhanges zwischen der Bereicherung des einen und dem „Aermerwerden" des andern. 4. Des Nichtvorliegens eines die Vermögensverschiebung rechtfertigenden Grundes.

Abgesehen von der Zuwendung durch den Geschädigten an den Bereicherten kann die Vermögensverschiebung auch durch eine Handlung des Bereicherten erfolgen[107]). Es ist zu prüfen, ob die Patenterlangung durch einen Nichtberechtigten die Voraussetzungen des Art. 62, Abs. 1 OR erfüllt. Infolge der Erteilung des Patentes, welches einen Vermögenswert darstellt, ist dessen Inhaber zweifellos bereichert. Umgekehrt verursacht sie auf der Seite des Erfinders eine Vermögensverminderung. Der Umstand, daß ein anderer auf seine Erfindung das Patent erlangt, bringt ihn um die Möglichkeit, sein vorderhand eine bloße Erwerbsaussicht darstellendes Recht auf das Patent durch Anmeldung zu realisieren und daraus Nutzen zu ziehen. Da eine Erfinderrechtsverletzung stets eine widerrechtliche Handlung darstellt, ist auch das weitere Erfordernis der mangelnden rechtfertigenden causa erfüllt. Kausalzusammenhang besteht insoweit, als der Gewinn des Bereicherten und der Verlust des Entreicherten in ihrer Höhe einander entsprechen. Das ist die herrschende Meinung in der schweizerischen Rechtslehre. „Der Bereicherung auf der einen Seite muß die Verminderung auf der andern Seite entsprechen" schreibt Guhl[108]). Oser[109]) bringt dasselbe besonders scharf zum Ausdruck: „Decken sich ökonomische Besser- und Schlechterstellung auf beiden Seiten nicht, so gilt als Bereicherung im Sinne des Artikels nur der geringere Betrag." Der Anspruch des Erfinders auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung erreicht also maximal die Höhe seines Verlustes, der sich nach dem entgangenen Gewinn bemißt. Klagt er hingegen aus eigennütziger Geschäftsführung, so kann er, wie wir gesehen haben, den gesamten vom Verletzer erzielten Gewinn herausfordern. Sein Gewinnherausgabeanspruch aus Art. 423

---

[107]) Oser, Komm. N 10 zu Art. 62; Guhl, S. 103, Ziff. II; von Tuhr, schweiz. OR, S. 383, Ziff. VIII.

[108]) Guhl, S. 103, Ziff. II.

[109]) Oser, Komm. N 7 zu Art. 62.

OR geht in jedem Falle über den Bereicherungsanspruch hinaus. Da nun jeder unberechtigte Patenterwerb Führung eines fremden Geschäftes bedeutet und dem Kondiktionsanspruch regelmäßig bloß subsidiärer Charakter zukommt [110]), indem der Erfinder nicht als „entreichert" angesehen werden darf, solange er mit einer Klage aus Art. 423 OR die Bereicherung des Verletzers in sein Vermögen zurückführen kann, so fällt er außer Betracht.

In der deutschen Rechtswissenschaft gehen die Meinungen auseinander. Viele Autoren und auch das Reichsgericht vertreten die Ansicht, daß auch eine den Schaden des Benachteiligten übersteigende Bereicherung gemäß Art. 812 ff. BGB „auf Kosten" des Benachteiligten erlangt sei. Der Bereicherungsanspruch erstrecke sich auf den ganzen Gewinn, sofern ihm nur ein Verlust auf der andern Seite gegenüberstehe, möge dieser auch viel kleiner sein. Es genüge, daß der Gewinn des Bereicherten noch in irgend einer Weise mit dem Verluste des Geschädigten zusammenhänge [111]). Man geht wohl nicht fehl in der Annahme, daß die Verhältnisse im Immaterialgüterrecht im Allgemeinen und im Patent- und Erfinderrecht im Besonderen für die Entstehung dieser Ansicht bestimmend waren; und zwar aus zwei Gründen: einmal ist der durch die Verletzung solcher Rechte verursachte Schaden äußerst schwierig zu ermitteln und zweitens liegt in Ermangelung geeigneterer Bestimmungen und besonders in Hinsicht auf die zu enge Fassung des § 687, Abs. 1 BGB die Versuchung nahe, unter das Bereicherungsrecht einen möglichst weitgehenden Gewinnherausgabeanspruch unterzubringen. Orth gelangt zum Ziele mittels einer m. E. nicht angängigen Ausweitung des Vermögensbegriffs, indem er jede Verwertungsmöglichkeit als Vermögensbestandteil erklärt, [112]), wobei gleichgültig sei, „ob diese Verwertungsmöglichkeit auch im Vermögen des Berechtigten entstanden wäre, ob er sie verwirklicht hätte oder nicht" [113]). Er gelangt mit der Folgerung, daß jeder Eingriff in eine solche Verwertungsmöglichkeit des Ver-

---

[110]) Vgl. Komm. Oser, Vorbem. zu Art. 62—67, N 2; Komm. Becker, Vorbem. III zu Art. 62 ff.; Guhl, S. 102.

[111]) So z. B. Reichsgerichts-Räte-Kommentar, 1928, N 2 zu § 812; Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, Leipzig 1908; ebenso das Reichsgericht in GRUR 1928, S. 688: „Inwieweit der Absatz der Beklagten dem Absatzausfall der Kläger entspreche, braucht hier nicht entschieden zu werden. Es genügt, daß in irgend welchem Umfange das eine durch das andere verursacht worden sei".

[112]) Orth, S. 83.

[113]) Orth, S. 107.

letzten, weil aus seinem Vermögen stammend, auf Kosten des Geschädigten gehe und somit einen Bereicherungsanspruch erzeuge, zu einem umfassenden Gewinnherausgaberecht. Als erster ist Schulz in seiner Darstellung des „Systems der Rechte auf den Eingriffserwerb“ [114]) zu demselben Ergebnis gekommen, indem er § 812 BGB analog anwenden und dabei von der Klausel „auf Kosten eines andern“ absehen will [115]). Soweit sich seine Lehre auf das positive Recht stützen zu können glaubt und sich dabei insbesondere auf eine ausdehnende Interpretation des § 812 BGB beruft [116]), ist sie abzulehnen. Abgesehen etwa von Gülland-Queck [117]), der sich Schulz anschließt, verhält sich die deutsche Doktrin, soweit sie überhaupt zu seinem Werke Stellung nimmt, ablehnend [118]). Das geltende schweizerische Recht bietet, gleich wie das deutsche, diesen Konstruktionen keine geeignete Grundlage. Es besteht bei uns auch gar kein Bedürfnis nach denselben, da das mit ihnen erstrebte Resultat auf Grund des Art. 423 OR erreicht wird.

5. Kein Anspruch auf Herausgabe von Sachnutzungen gemäß Art. 940, Abs. 1 ZGB.

Die Frage ist naheliegend, ob die Normen des ZGB über die Sachnutzungen, vor allem die Art. 938/40 über die Verantwortlichkeit des nicht rechtmäßigen Besitzers einer Sache für die daraus gezogenen Nutzungen, entsprechend auf dem Gebiete des Immaterialgüterrechts und insbesondere des Erfinderrechts zur Anwendung gebracht werden können. In der Schweiz haben sich, soviel ich sehe, bis jetzt 3 Autoren dazu ausgesprochen: Wolf [119]) und Moser [120]) für das Immaterialgüterrecht allgemein verneinend, Weidlich und Blum [121]) für das Erfinderrecht speziell bejahend. Art. 940, Abs. 1, der für uns in Betracht kommt und dessen Anwendbarkeit geprüft werden soll, lautet folgendermaßen: „Wer eine Sache in bösem Glauben besitzt, muß sie dem Berechtigten

---

114) Schulz, in Archiv f. d. Civ. Prax. Bd. 105.
115) Vgl. Schulz, S. 79.
116) Vgl. Schulz, S. 441.
117) Gülland-Queck, S. 11 m. Anm. 49.
118) Kisch, Bereicherungsanspruch bei gutgläubiger Patentverletzung, in Abh. z. Arbeitsgebiet des Reichspatentamtes. 1927, S. 100—106; Enneccerus-Lehmann, 1930, Bd. 2, § 219, Anm. 1.
119) Z. f. S. R. n. F. Bd. 46, S. 324.
120) Moser, S. 56—63.
121) Weidlich und Blum, Komm. zu Art. 1, N 2, S. 58.

herausgeben und für allen durch die Vorenthaltung verursachten Schaden, sowie für die bezogenen oder versäumten Früchte Ersatz leisten." Dieser Artikel will nur die in dessen zweiter Hälfte aufgeführten Nebenansprüche des wahren Berechtigten regeln, da der Herausgabeanspruch der Sache selbst in Art. 936 statuiert ist[122]). Der bösgläubige Besitzer muß jeden Vorteil, d. h. den gesamten Ertrag, den er aus dem unbefugten Gebrauch der fremden Sache erlangt hat, herausgeben, unbekümmert darum, ob ihn der Berechtigte selbst erzielt haben würde[123]). Die Analogie zur eigennützigen Geschäftsführung des Art. 423 OR ist unverkennbar. Während wir diese Norm indessen als Grundlage für einen Gewinnherausgabeanspruch des Erfinders geeignet erkannt haben, kann Art. 940, Abs. 1 aus den noch darzulegenden Gründen nicht in Frage kommen.

In der deutschen Rechtswissenschaft hat sich zum ersten Male Bolze[124]) für eine analoge Anwendung der den Art. 938/40 ZGB entsprechenden §§ 987 ff. BGB im Immaterialgüterrecht und speziell im Patentrecht eingesetzt. Er geht soweit, diesen Vorschriften generelle Bedeutung für das gesamte Privatrecht, soweit es sich um die Ausgleichung zwischen Fruchtziehungsberechtigtem und Verletzer bezüglich der unberechtigt bezogenen Früchte handelt, beizulegen[125]). Als weiterer Vertreter dieser Analogie, insbesondere auf das Urheberrecht angewendet, ist Marwitz-Möhring[126]) zu nennen. Ihre Thesen vermochten indessen nicht durchzudringen. Die Ablehnungsgründe, welche gegen sie geltend gemacht werden, können im wesentlichen auch für das schweizerische Recht Geltung beanspruchen.

Der Anwendbarkeit sachenrechtlicher Grundsätze auf das Immaterialgüterrecht steht die Verschiedenheit der tatbeständlichen Voraussetzungen entgegen. Die Vorschriften über den Besitz beruhen auf dem Vorhandensein einer greifbar körperlichen Sache. Eine Geistesschöpfung ist keine Sache. Es ist nun einmal nicht dasselbe, ob dem Menschen die absolute Herrschaft über eine körperliche Sache eingeräumt ist, an der er die in einer solchen Herrschaft enthaltenen Befugnisse deutlich sichtbar zum Ausdruck bringen kann, oder ob er eine bloße Gedankenschöpfung „besitzt",

[122]) Komm. Homberger, N 1 zu Art. 940.
[123]) Komm. Homberger, N 10 zu Art. 940.
[124]) Bolze, in Archiv f. d. Civ. Prax. Bd. 92, S. 319 ff.
[125]) Bolze, S. 340 ff.
[126]) Marwitz-Möhring, N 7 zu § 36 Lit. Urh. Ges., S. 240 ff.

die sich schon ihrer Natur nach zu einer allgemein sichtbaren Beherrschung nicht eignet. Das „Besitzen" der Geistesschöpfung erschöpft sich in den meisten Fällen im Kennen derselben. „Diese Kenntnis kann man sich verschaffen, ohne dabei dem andern die gleiche Kenntnis zu entreißen" [127]). Es fehlt demnach im Immaterialgüterrecht sowohl das Moment des sachenrechtlichen Besitzes überhaupt als auch dasjenige der Ausschließlichkeit desselben, des Alleinbesitzes [128]). Auch das Verhältnis der Muttersache zur Sachfrucht ist grundverschieden von demjenigen des Immaterialgüterrechts zu dessen Ertrag [129]). Während im Sachenrecht das Anspruchsziel in erster Linie auf Herausgabe der Sache gerichtet ist und die Herausgabe der aus ihr gezogenen Früchte bloß Nebensache ist, ja überhaupt nur als akzessorischer Anspruch [130]) mit der Vindikationsklage geltend gemacht werden kann, muß sich der Schöpfer des Immaterialgutes regelmäßig mit der Herausgabe der Nutzungen begnügen. Man könnte versucht sein, gerade mit dem Hinweis auf die Verhältnisse beim Erfinderrecht diese Ansicht widerlegen zu wollen, indem man die Herausgabe des Patentes an den Erfinder gemäß Art. 20 PG mit der Herausgabe der Sache an den Eigentümer vergleicht. Allein die Unzulässigkeit eines derartigen Vergleichs stellt sich sofort heraus, wenn man bedenkt, daß das Patent selbst bloß die Folge, das Ergebnis der Verletzung des Erfinderrechts ist und dieses letztere als Analogon zur „Sache" der Art. 936 und 940 ZGB angesehen werden müßte. Der Erfinder kann indessen die Herausgabe dieses Rechts aus dem einfachen Grunde nicht verlangen, weil es ihm gar nicht abhanden gekommen ist. Liegt aber keine nach Art. 936, Abs. 1 ZGB herausgabepflichtige Sache vor, so steht dem Erfinder auch nicht der akzessorische Anspruch des Art. 940, Abs. 1 ZGB auf Erstattung der Nutzungen zu.

§ 16. Der Unterlassungsanspruch bei drohender Verletzung des Erfinderrechts.

Das Erfinderrecht ist ein absolutes Herrschaftsrecht [1]). Es besteht in der an alle gerichteten Verpflichtung, Störungen des Rech-

[127]) Orth, S. 66.
[128]) Vgl. Moser, S. 60.
[129]) Orth, S. 66; Moser, S. 61/2.
[130]) Komm. Homberger, N 4 zu Art. 938.
[1]) Vgl. S. 37 f. der Abhandlung.

tes auf das Patent dauernd zu unterlassen[2]). Zur Durchsetzung seines Rechts steht dem Erfinder neben den ausgleichenden, repressiven Ansprüchen, die präventiv wirkende Unterlassungsklage zu. Diese ist zwar weder speziell für das Erfinderrecht noch durch irgend eine allgemeine gesetzliche Bestimmung statuiert, sondern nur in einigen bestimmten Fällen, wie beim Namensrecht (Art. 29 ZGB) und Firmenrecht (Art. 956, Abs. 2 OR), bei der Besitzesstörung (Art. 928 ZGB) und beim unlauteren Wettbewerb (Art. 48 OR) vom Gesetze vorgesehen. Nach richtiger Ansicht stellt sie jedoch ein Ausfluß jedes Ausschlußrechtes dar[3]). Den Umstand, warum die absoluten Rechte gesetzlich nur zum Teil durch Klagen geschützt werden und die Unterlassungsklage nicht in allgemeiner Weise im Gesetze statuiert worden ist, führt Näf[4]) allein auf historische Gründe zurück. Das deutsche BGB kennt ebenfalls keine allgemeine Unterlassungsklage, sondern sieht sie gleichfalls bloß in vereinzelten Bestimmungen (§§ 12, 862, 1004 BGB) vor. Ein großer Teil der Literatur und ebenso die Rechtssprechung vertreten indessen auch dort die Auffassung, daß alle absoluten Rechte des gleichen Schutzes teilhaftig werden sollen, gleichgültig ob er in gesetzlichen Normen niedergelegt sei oder nicht. Wenn das Reichsgericht in den Entscheidungen RGZ Bd. 37, S. 43 und Bd. 77, S. 83 dennoch dem Erfinder die Unterlassungsklage nicht zuerkannte, so war dies lediglich eine Folge davon, daß es ein absolutes Recht des Erfinders vor der Anmeldung überhaupt nicht anerkannte. Unter dem neuen deutschen Patent-Gesetz, das dem Erfinder ein solches absolutes Recht auf Patentierung ausdrücklich zugesteht, stehen nunmehr für die deutsche Rechtssprechung einer Berücksichtigung des Unterlassungsanspruchs derartige Bedenken ebensowenig wie für die schweizerische entgegen. Für das Erfinderrecht ist allerdings bis heute kein höchstrichterlicher diesbezüglicher Entscheid ergangen, indessen hat das Bundesgericht für das Patentrecht seit jeher die Zulässigkeit der Klage auf Unterlassung weiterer Störungen anerkannt[5]).

Während man sich darüber einig ist, daß die Unterlassungsklage bloß objektive Rechtswidrigkeit, also kein Verschulden auf Seiten des Störers voraussetzt, sind die Meinungen hinsichtlich der

---

[2]) Vgl. BGE 52 II 376: „Die absoluten Rechte begründen für jedermann die Verpflichtung, sich störender Einwirkungen auf sie zu enthalten".

[3]) Siehe Moser, S. 60 und die dort unter Anm. 16 angeführte Lit.

[4]) Näf, S. 93.

[5]) BGE 29 II 355.

Frage geteilt, ob bei der allgemeinen Unterlassungsklage aus absolutem Recht eine Verletzung bereits einmal stattgefunden haben müsse oder nicht. Egger [6]) verneint sie, Näf [7] und von Tuhr [8]) bejahen sie grundsätzlich, weil sämtliche oben aufgeführten, im Gesetz niedergelegten Unterlassungsklagen in mehr oder weniger deutlichen Worten eine vorangehende Rechtsverletzung fordern. Auf die angedeutete Kontroverse einzugehen gestattet der Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht. Sie wird übrigens in ihrem Ergebnis wesentlich abgeschwächt, indem die beiden letzteren Autoren zur Schaffung der Klagevoraussetzung es genügen lassen, „wenn ohne vorangegangene Rechtsverletzung gute Gründe vorliegen, eine solche zu befürchten, insbesondere wenn eine solche angedroht worden ist" [9]), sodaß die kommende Störung dergestalt lediglich „als wirksame Bedrohung ihren Schatten vorauswerfe" [10]). Es würde in der Tat im gewerblichen Leben und speziell im Erfinderrecht zu unerträglichen Ergebnissen führen, wollte man dem Kläger zumuten, immer erst solange mit seiner Verteidigung zuzuwarten, bis er in seinem Recht verletzt worden ist. Man braucht sich nur einmal den Fall vorzustellen, daß der Rechtsinhaber tatenlos zusehen müßte, wie ein anderer die Vorbereitung zur Veröffentlichung der Erfindung, sei es durch ein die Neuheit der Erfindung vernichtendes Schrift- oder Bildwerk, sei es durch öffentliche Schaustellung oder Vorführung des Erfindungsgegenstandes, trifft, die ihn möglicherweise um die Früchte jahrelanger Forschungsarbeit bringen würde, um die Unhaltbarkeit des Verlangens zu erkennen, daß mindestens *eine* Verletzungshandlung vorhergegangen sein müsse. Die Unterlassungsklage ist auch dann am Platze, wenn eine Anmeldung der Erfindung durch einen Unberechtigten droht. An den Nachweis der drohenden Beeinträchtigung des Erfinderrechts dürfen nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden. Wahrscheinlichmachung muß genügen [11]).

Auch gegen die bereits erfolgte Anmeldung kann m. E. mit der Unterlassungsklage vorgegangen werden. Wie Pfister [12]) richtig bemerkt, sollen mittels derselben bevorstehende *Wirkungen,* die aus

---

[6]) Egger, Komm. N 82 zu Art. 28.
[7]) Näf, S. 103 ff.
[8]) v. Tuhr, Schweiz. OR, S. 349 f.
[9]) v. Tuhr, S. 350.
[10]) Näf, S. 107.
[11]) So allgemein Komm. Egger, N 82 zu Art. 28; für das Erfinderrecht vgl. Bruch, S. 125.
[12]) Pfister, S. 53.

gegenwärtigen und drohenden Rechtsverletzungen resultieren, unterdrückt werden. Die durch die Anmeldung ausgelöste Wirkung äußert sich in der Erteilung des Patentes. Zur Durchsetzung des Unterlassungsanspruches muß der Verletzende zur Zurückziehung seines Patentgesuches gemäß Art. 27, Abs. 5 PG und Art. 33, Abs. 1 der V. V. verpflichtet werden.

In Deutschland sind im Patentgesetz zwei spezielle Mittel statuiert, mit deren Hilfe sich der Erfindungsberechtigte schon gegen die Anmeldung eines Nichtberechtigten wehren kann. Einmal kann er gemäß § 4, Abs. 3 d. PG beim Patentamt gegen die Erteilung des Patentes an den Patentsucher Einspruch erheben und ferner steht ihm die Möglichkeit offen, gemäß § 5 des Gesetzes vor Gericht vom Patentsucher Abtretung des aus der Anmeldung erwachsenen Anspruchs auf Erteilung des Patentes zu verlangen.

2. Kapitel:

Der Schutz des Erfinders aus Persönlichkeits- und Wettbewerbsrecht.

§ 17. Die das Erfindungsgeheimnis verletzenden Handlungen.

A. Verletzung des Erfindungsgeheimnisses als Eingriff in die Geheimsphäre des Erfinders.

I. Unerlaubte Kenntnisnahme.

Wenn eine Erfindung erst in der Gedankenwelt ihres Urhebers existiert und dort ein Geheimnis seines Innenlebens[1]) bildet, so ist ein Eindringen in dasselbe nur in der Weise möglich, daß er zur Bekanntgabe seines geheimen Wissens veranlaßt wird. Angriffsobjekt ist nicht unmittelbar die Erfindung, sondern der Wille, der darauf gerichtet ist, sie geheim zu halten. Zur Beugung dieses Willens kommen Handlungen verschiedenster Art, wie Drohung, Zwang, Erpressung, Nötigung oder Betrug in Betracht.

Hat die Erfindung irgendwelche Verkörperung[2]) gefunden, tritt ein anderer Weg der Kenntniserlangung, der Einbruch in das geheime Außenleben[3]) in den Vordergrund. Der Angriff richtet sich jetzt direkt gegen die Erfindung, indem das Hindernis, welches dieselbe der Wahrnehmbarkeit entzieht, beseitigt wird. Dieses Hindernis kann ein körperliches sein, es kann aber auch in dem bloßen Abstand, welcher zwischen der geheimen Erfindung und dem allgemeinen Wahrnehmungsvermögen liegt, bestehen. Giesker[4]) spricht im erstern Falle von Verschlußgeheimnis, im letztern von Distanzgeheimnis.

---

[1]) Nach der Terminologie von Giesker (vgl. S. 5 und S. 28).
[2]) Im weitesten Sinne: Pläne, Berechnungen, Modelle etc.
[3]) Vgl. Giesker, S. 5 und S. 29.
[4]) Giesker, S. 30.

Je nach Umfang und Beschaffenheit der Verkörperungen von Erfindungsgeheimnissen kommen alle nur denkbaren Verschlußmittel vor: Raumverschlüsse, Schränke, Kisten, Koffern, Kassetten, Mappen, Brieftaschen, Taschen von Kleidern, Briefumschläge etc. Auch einem Gegenstande, der bestimmungsgemäß nicht in erster Linie dem Schutze der Geheimheit, sondern vielleicht dem Schutze vor Beschädigungen dient, kann, sofern es der Wille des Geheimniswahrers ist, Verschluß-Funktion zukommen. Man denke etwa an die Verschalung einer Maschine, unter welcher sich geheime Bestandteile verbergen.

Bei der Verletzung des Distanzgeheimnisses ist nicht ausschließlich Ueberwindung des Abstandes durch räumliche Annäherung in Betracht zu ziehen. Eine solche liegt z. B. auch im Erhellen eines Raumes, in welchem ein Erfinder eine Maschine aufgestellt hat, die er dadurch den Blicken Unbefugter entziehen will, daß er den Raum im Dunkeln hält.

Als qualifizierte Kenntnisnahme kann die Verschaffung einer Verkörperung des Erfindungsgeheimnisses bezeichnet werden. Keine Rolle spielt dabei, ob der Verletzer eine schon bestehende sich aneigne oder selbst vermittelst photographischer Aufnahme, Nachbilden, Abzeichnen, Durchpausen, Abschreiben etc. erst eine solche herstelle [5]).

II. Unerlaubte Kenntnisvermittlung.

Nicht nur das Eindringen in die Geheimsphäre, sondern auch die Preisgabe des Geheimnisses an einen Dritten verletzt die Geheimsphäre. Ob die Vermittlung der Kenntnis durch den Eindringling selbst oder durch eine Person, die auf andere Weise vom Geheimnis Kenntnis erhalten hat, erfolge, ist unerheblich. Während sich jedoch die Geheimhaltungspflicht als logische Folge des Eindringens, das sich immer als eine unbefugte Verletzung des Persönlichkeitsrechts erweist, ergibt und auch durchaus gerecht erscheint, da er sich diese Pflicht durch seine Handlungsweise ja selbst aufgebürdet hat, wurde von den verschiedensten Autoren mit Recht eine absolute Geheimhaltungspflicht jedermanns abgelehnt [6]). Die persönlichen Verhältnisse sind nicht schlechterdings

[5]) Vgl. Giesker, S. 50.
[6]) Vgl. Giesker, S. 125 ff.

geschützt. Sie sind es nur gegen unbefugte Verletzungen [7]). Nicht jede Indiskretion kann als solche gelten und vom Rechte verfolgt werden. Eine Geheimhaltungspflicht bezüglich jedes uns zu Ohren gekommenen fremden Geheimnisses müßte unser freies Betätigungsrecht in einem unerträglichen Maße beschränken. Eggers Bemerkung [8]) trifft zu: „Unbeschränkter Schutz der persönlichen Güter wäre der Tod der persönlichen Freiheit." Wenn mir zufällig, ohne meinen Willen, der Geheimnisberechtigte selbst oder Dritte Geheimnisse mitteilen, so kann mir unmöglich zugemutet werden, daß ich dieselben nun Zeit meines Lebens ängstlich hüten solle. Anders verhält es sich mit der Veröffentlichung, die eine Kenntnisvermittlung an einen nicht individuell bestimmten Personenkreis ist und das Geheimnis allgemein zugänglich macht. Hier entfällt der Grund, der die Bekanntgabe des Geheimnisses individuell bestimmten Personen gegenüber als erlaubt zu erklären notwendig macht: die allzu große Beschränkung der individuellen Freiheit. „Ein bloßes Veröffentlichungsverbot tritt mit keinen allgemein menschlichen Gewohnheiten und Bedürfnissen in Kollision. Nur diejenige Indiskretion wird damit verboten, die außerhalb der Wege liegt, die das gewöhnliche Leben des Einzelnen geht. Im Privatleben soll der Einzelne sich gehen lassen dürfen; tritt er an die Oeffentlichkeit hinaus, soll er sich zusammennehmen und sich vor Augen halten, daß er durch öffentliche Mitteilungen die Interessen Dritter weit intensiver schädigen kann, als durch bloße Mitteilungen an bestimmte Einzelne" [9]). Es mag daran erinnert werden, daß wir die Veröffentlichung des Erfindungsgedankens schon unter einem andern Gesichtswinkel, nämlich als Zerstörung des Erfinderrechts betrachtet haben [10]).

Kehren wir indessen zurück zur einfachen Indiskretion, der Geheimnisvermittlung an individuell bestimmte Personen. Die Regel, daß hier der Mitteilende der Geheimhaltungspflicht nicht unterstehe, erfährt Durchbrechungen. Die Pflicht zur Wahrung des Geheimnisses kann vertraglich vereinbart werden. Sie kann durch das Versprechen einer Konventionalstrafe für den Fall der Verletzung verstärkt werden. Häufig werden solche Abmachungen in Verbindung mit andern Verträgen getroffen. Bei Erfindungs-

---

[7]) Art. 28, Abs. 1 ZGB; Komm. Egger N 54 zu Art. 28.
[8]) Komm. Egger N 53 zu Art. 28.
[9]) Giesker, S. 160/61.
[10]) Vgl. § 14 der Abhandlung.

geheimnissen kommen in erster Linie Dienst- und Werkverträge, dann etwa auch Gesellschafts- oder Darlehensverträge in Frage. Ein Erfinder, dem es an Kapital zur Verwertung seiner Geistesschöpfung gebricht, wird mit einem Finanzkräftigern eine Gesellschaft eingehen oder von ihm ein Darlehen erhalten, wenn dem Geldgeber die Ausbeutung der Erfindung aussichtsreich erscheint. Ein anderer, dem die zur Ausführung seines Erfindungsgedankens nötigen Einrichtungen fehlen, wird sie zur Ausarbeitung einem geeigneten Unternehmer übergeben, wobei er ihn mit seiner Erfindung vertraut machen muß. Ein dritter, der sie im eigenen Unternehmen ausarbeitet, ausprobiert und verwertet, wird hiezu die Hilfe von Angestellten und Arbeitern in Anspruch nehmen müssen, was Kenntnisgabe an diese Personen bedingt. Die Geheimhaltungspflicht kann sich auch stillschweigend aus dem Wesen dieser Verträge ergeben. Ob eine solche angenommen werden muß, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. Das Bundesgericht [11]) ist derselben Ansicht, wenn es einerseits die in der Rechtslehre gelegentlich vertretene Auffassung [12]), wonach Arbeiter und Angestellte schlechthin zur Wahrung der Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse der Prinzipalschaft verpflichtet seien, als zu weitgehend ablehnt, anderseits aber auch nicht bei einer zu engen gerichtlichen Praxis stehen bleiben will, die beim Dienstvertrag meistens nur dann eine Geheimhaltungspflicht annehme, wenn diese ausdrücklich durch den Vertrag übernommen wurde, sondern an einem weit zurückliegenden Entscheid [13]) festhält, der sich dahin ausgesprochen hat, daß auch ohne ausdrückliche Vereinbarung eine Pflicht zur Geheimhaltung bestehen könne, wenn nach den Umständen angenommen werden müsse, der Dienstnehmer sei nur in die Geschäftsgeheimnisse eingeweiht worden unter der Voraussetzung, daß er davon weder auf eigene Rechnung Gebrauch mache, noch sie an Dritte mitteile. Mit Recht weist das Bundesgericht darauf hin, daß der Dienstvertrag ein Treueverhältnis darstelle und daß deshalb schon die Treuepflicht dem Angestellten Schweigen auferlegen könne. Gibt er das Geheimnis preis, so ist das verletzte Rechtsgut jedoch nicht die von ihm verlangte Treuepflicht, sondern die Geheimsphäre seines Dienstherrn. Bezüglich der Intensität des zwischen ihnen bestehenden Treue-

[11]) BGE 64 II 172.
[12]) Vgl. Giesker, S. 146.
[13]) BGE 25 II 527.

verhältnisses wird man aus der Höhe der Lohnsumme Schlüsse ziehen dürfen; erhöhte Treuepflicht verlangt entsprechende Entlöhnung.

Was den Gebrauch auf eigene Rechnung anbelangt, ist zu bemerken, daß dieser, entgegen der Meinung des Bundesgerichts, mit der Wahrung des Geheimnisses nichts zu tun hat. Die Benutzung eines vom Geschäftsherrn an seine Untergebenen willentlich preisgegebenen Geheimnisses bedeutet keine Verletzung der Geheimsphäre des Prinzipals. Eine solche erfolgt lediglich durch unerlaubte Kenntnisverschaffung oder Weitergabe der Kenntnis an Dritte, nicht auch durch Verwertung derselben zum eigenen Nutzen, z. B. in einer vom ehemaligen Angestellten gegründeten Fabrik. Unrichtig ist deshalb die Aeußerung des Bundesgerichts [14]), die Geheimhaltungspflicht eines austretenden Angestellten könne durch ausdrückliche Zustimmung zur Fabrikation nach dem Geheimverfahren des früheren Geschäftsherrn aufgehoben werden. Mit einer derartigen Zustimmung könnte hingegen ein allfällig bestehendes Konkurrenzverbot beseitigt werden. Wollte sich der Erfinder umgekehrt gegen Verwertung seines Erfindungsgeheimnisses durch ehemalige Angestellte eine spezielle Sicherung verschaffen, so könnte er dies nicht vermittelst eines Geheimhaltungsvertrages, sondern auf dem Wege eines vertraglichen Konkurrenzverbotes gemäß Art. 356 OR erreichen. Daß dieses nicht mit der Geheimhaltungspflicht in Zusammenhang gebracht werden dürfe, betont das Bundesgericht (am selben Orte) hinwiederum selbst mit Nachdruck.

Viel umstritten ist die Frage, ob der Arbeitnehmer auch nach Auflösung des Anstellungsverhältnisses zur Geheimhaltung verpflichtet bleibe. Soweit die Geheimhaltungspflicht auf Vertrag basiert, ist dieser in erster Linie für die Dauer maßgebend. Unzutreffend ist die Meinung Beckers [15]), daß die Art. 356 ff. OR insofern entsprechend Anwendung fänden, als in der Geheimhaltungspflicht zugleich ein Konkurrenzverbot liege. Wir haben oben darauf hingewiesen, daß die beiden Begriffe nicht miteinander in Verbindung gebracht werden können.

Wie verhält es sich aber, wenn die Geheimhaltungspflicht nicht auf Vertrag beruht, sondern lediglich kraft des zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestehenden Treueverhältnisses entstan-

[14]) BGE 64 II 174.
[15]) Becker, Komm. 1934, N 13 zu Art. 356 OR.

den ist? Die Praxis des Bundesgerichts ist nicht konstant. Früher [16]) hat es ein Erlöschen der Geheimhaltungspflicht bei Dienstaustritt angenommen: „l'employé qui quitte son patron reprend donc sa liberté et peut, sauf engagement contraire, utiliser à son profit ou communiquer à des tiers les secrets de commerce ou de fabrication que son service lui a fait connaître." Neuerdings [17]) betrachtet es als selbstverständlich, daß die Treuepflicht den Angestellten nicht nur für die Zeit der Anstellungsdauer, sondern auch nachher binde. Diesem, m. E. zutreffenden Schlusse legt es die praktische Ueberlegung zugrunde, daß erst durch die über die Vertragsdauer hinausgehende Wirkung die Pflicht zur Geheimhaltung einen Sinn habe, da zu einer Verletzung derselben für den Dienstnehmer, der durch den Vertrag in gesicherter Stellung sei, während des Bestehens des Vertrages meistens gar keine Veranlassung bestehe, während das Interesse des Dienstherrn in erster Linie dahin gehe, vor Geheimnisverletzungen des Angestellten nach dessen Austritt geschützt zu sein. Die Berücksichtigung des Interesses des Dienstherrn an der Geheimhaltung von Fabrikationsgeheimnissen und sein Schutz vor deren Verrat auch nach Auflösung des Dienstverhältnisses bedeutet meiner Ansicht nach keine ungerechte Härte gegenüber seinem ehemaligen Arbeitnehmer. Dieser wird durch die Schweigepflicht in seinem Fortkommen keineswegs in ungerechtfertigter Weise eingeengt, wie zuweilen behauptet wird. Die Benutzung allgemeiner Geschäftserfahrungen und beruflicher Kenntnisse, die er sich während seiner Tätigkeit in einem Betriebe erworben hat, kann ihm nicht verboten werden. Meistens wird den Tatsachen, aus denen sie sich zusammensetzen, überhaupt Geheimnisqualität abgehen, sei es, daß ein subjektives Interesse an ihrer Geheimhaltung, d. h. der Geheimhaltungswille, fehlt, sei es, daß sie, weil in allen andern Betrieben derselben Branche ebenfalls verwendet, allgemein bekannt oder wahrnehmbar sind. Ist dies nicht der Fall und würde eine Weiterdauer der Geheimhaltungspflicht demnach als unbillig erscheinen, ergibt sich eine Korrektur im Einzelfalle aus dem Satz, daß, wie jedem Persönlichkeitsschutz, dem Schutz der Geheimsphäre durch entgegenstehende berechtigte Interessen Schranken gezogen sind [18]).

---

[16]) Vgl. BGE 25 II 528.

[17]) Vgl. BGE 64 II 173.

[18]) Vgl. Egger N 53 zu Art. 28, Specker, S. 190 ff., Melliger, S. 106 ff., Manigk in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Dritte Folge, Bd. XXVII, 1934.

B. Verletzung des Erfindungsgeheimnisses als unlauterer Wettbewerb.

Nicht jede Verletzung von Wirtschaftsgeheimnissen ist unlauterer Wettbewerb. Selbstverständlich kann solcher nur vorkommen bei Konkurrenzhandlungen zwischen Mitbewerbern. Es ist deshalb nicht richtig, wenn viele ausländische und kantonale Wettbewerbsgesetze [19]) die Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen durch den Angestellten der Verleitung seitens eines Mitbewerbers gleichstellen. Denn der verräterische Angestellte ist ja selbst nicht Mitbewerber. Sozusagen die gesamte einschlägige schweizerische Literatur hat denn auch gegen die Identifizierung der beiden Tatbestände Stellung genommen [20]). Nur wenn der Einblick in das Wirtschaftsgeheimnis in Wettbewerbsabsicht unternommen wurde, haben wir es mit unlauterem Wettbewerb zu tun. Waren andere Motive, wie Rache oder Mißgunst, für die Verletzung eines Wirtschaftsgeheimnisses maßgebend und war diese daher lediglich auf Schädigung des Konkurrenten gerichtet, so kann von unlauterem Wettbewerb nicht die Rede sein.

Anderseits darf man aus dem Umstand, daß durch den unlauteren Wettbewerb oft Persönlichkeitsrechte angegriffen werden, nicht, wie dies z. B. Egger [21]) tut, folgern, daß der unlautere Wettbewerb stets eine Verletzung der wirtschaftlichen Persönlichkeit bedeute. Das Wettbewerbsrecht kann eben nicht unter unsere üblichen, statisch aufgefaßten Begriffe wie Persönlichkeitsrecht, Eigentum oder Vermögensrecht gebracht werden. Der unlautere Wettbewerb ist ein funktioneller, ein dynamischer Begriff [22]).

Die gesetzliche Grundlage für die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes im schweiz. Recht ist Art. 48 OR: „Wer durch unwahre Auskündigung oder andere Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht wird, kann die Einstellung dieses Geschäftsgebarens und im Falle des Verschuldens Ersatz des Schadens verlangen." Obwohl die Formulierung dieses Artikels zu eng ist, da

---

[19]) Vgl. Zitat bei Germann, Vorarbeiten S. 86.

[20]) Vgl. Weiß, S. 48, Giesker, S. 19, Germann, Vorarb. S. 86 und 112, Bühler, S. 78, Herold, Hafter in Festschrift für Fleiner, S. 205, Vorlage des Vorortes an die Sektionen des schweiz. Handels- und Industrievereins v. Juli 1901, S. 20.

[21]) Egger, Komm. zu Art. 28, I, 3 e, S. 240.

[22]) Auf die Probleme der statischen und dynamischen Rechtslehre kann nicht eingegangen werden. Vgl. die aufschlußreichen Schriften von Fehr Hans (siehe Lit. Verzeichnis).

er sich bloß gegen die Beeinträchtigung der Geschäftskundschaft, mit andern Worten gegen die Schädigung des Absatzes eines Mitbewerbers richtet, hat sie sich in der Praxis nicht stark nachteilig ausgewirkt. Diese stützte sich neben Art. 48 weiterhin auf den durch Art. 41 OR abgelösten Art. 50 a. OR und dann insbesondere auf Art. 28 ZGB, im Verhältnis zu welchem das Bundesgericht Art. 48 mehrmals als eine bloße „nähere Ausführung" bezeichnete [23]). So konnten die Gerichte auch gegen andere Wettbewerbshandlungen, wie Beeinträchtigung des Kredites und des Geschäftsbetriebes und namentlich auch gegen Verletzungen von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen im Allgemeinen und Erfindungsgeheimnissen im Besonderen, die keine unmittelbare Einwirkung auf die Kundschaft bedeuten [24]), einschreiten. Eine Erweiterung des Art. 48 OR in diesem Sinne enthält der Entwurf eines BG über den unerlaubten Wettbewerb [25]). Die Generalklausel des Art. 1 des Entwurfs ist insofern bloß eine Kristallisierung der Gerichtspraxis. Ihre gesetzliche Verankerung wäre für den Verletzten von nicht zu unterschätzender Bedeutung, indem sie ihm die Gewißheit eines Rechtsschutzes verleihen würde und überhaupt im Vergleich zur staatlich nicht sanktionierten Praxis erhöhten Rechtsschutz bieten könnte. Außerdem würde durch das Inkrafttreten des Entwurfs der Schutz des Rechtssuchenden gegenüber dem jetzigen Zustande dadurch verstärkt, daß er nicht nur bei den heute von Art. 48 OR erfaßten, sondern bei allen unlauteren Wettbewerbshandlungen schon im Stadium der erst drohenden Rechtsverletzung wirksam würde.

Art. 2 des Entwurfs hebt einige Sonderfälle von den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechenden Handlungen hervor. Die Aufzählung hat bloß exemplativen Charakter [26]). Uns interessieren die beiden unter lit. c aufgeführten Tatbestände: Verleitung von Dienstpflichtigen zum Verrat von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen und Verwertung widerrechtlich oder gegen Treu und Glauben erlangter Kenntnis.

---

[23]) Vgl. BGE 42 II 600, 46 II 427.
[24]) Vgl. Botschaft B. Bl. 1934, Bd. II, S. 518.
[25]) B. Bl. 1934, Bd. II, S. 513 ff.
[26]) Vgl. Botsch. des B. R. v. 19. Juni 1934, B. Bl. 1934, Bd. II, S. 527.

I. Verleitung von Angestellten zum Verrat.

Selten wird ein Arbeiter von sich aus einem Konkurrenten seines Prinzipals ein Geheimnis verraten. Meistens wird die Initiative zum Verrat von diesem, als dem primär Interessierten, ausgehen. Die Verleitung zur Bekanntgabe des Geheimnisses kann offen, z. B. durch Bestechung erfolgen. Das Geheimnis kann dem Angestellten aber auch entlockt werden durch geschicktes Ausfragen oder durch ein Täuschungsmanöver, das ihn in den irrtümlichen Glauben versetzt, er sei zur Mitteilung verpflichtet. Eine mit Treu und Glauben nicht vereinbare Wettbewerbshandlung begeht ferner derjenige, der den Angestellten seines Mitbewerbers ohne dessen Wissen und Einverständnis in seinen Dienst nimmt, da die Doppelbeschäftigung die Gefahr der Preisgabe von Fabrikationsgeheimnissen mit sich bringt. Eine weitere, in Art. 2 des Entwurfs nicht speziell erwähnte gegen Treu und Glauben verstoßende Handlung ist die Verleitung von Angestellten eines Konkurrenzgeschäftes zum Bruch des Anstellungsvertrages. Dagegen liegt in der Verleitung eines Angestellten zur ordnungsmäßigen Lösung des Vertrages durch Kündigung oder Nichterneuerung nach Vertragsablauf keine Treu und Glauben verletzende Tätigkeit; dies wäre dann der Fall, wenn damit bezweckt würde, von den Angestellten Fabrikationsgeheimnisse zu erfahren. In diesem Sinne hat das Bundesgericht zutreffend in dem Entscheid Orell-Füßli ca. Müller-Trüb [27]) entschieden: „Wäre daher erwiesen, daß infolge Verlockung von Arbeitern der Kläger zum Dienstantritt bei den Beklagten, diese letzteren sich die Geschäftsgeheimnisse der klägerischen Firma, bzw. die Kenntnis des behaupteten geheimen Verfahrens angeeignet hätten, so würde hierin in der Tat eine rechtswidrige Handlung zu erblicken sein.“ Die Tatsache allein, daß die Beklagten Arbeiter der Kläger durch Versprechen höheren Lohnes zum Uebertritt in ihr Geschäft veranlaßt hätten, könne nicht als widerrechtliche Handlung angesehen werden.

II. Verwertung der widerrechtlich oder gegen Treu und Glauben erlangten Kenntnis.

Verwertung ist die auf geldwerten Gewinn abzielende Benutzung des fremden Geheimnisses. Erst sie gestattet die unlautere Beeinflussung des Wettbewerbs; die Kenntniserlangung, die haupt-

[27]) BGE 23, S. 205 ff.

sächlich durch Verleitung zum Verrat oder durch widerrechtliches Eindringen in die Geheimsphäre bewerkstelligt wird, ist mehr nur vorbereitende Handlung. Eine an sich rechtmäßig erfolgte Kenntnisnahme kann dadurch, daß die leicht vergeßbare Kenntnis zur dauerhaften gemacht wird, einen Treu und Glauben verletzenden Charakter annehmen. Was ein ins Vertrauen gezogener Angestellter auf Grund der ihm obliegenden Verrichtungen an Geheimnissen des Betriebes kennen lernt, ist durchaus ordnungsmäßig geschehen. Sobald er aber dazu übergeht, sich, entgegen dem ihm bekannten Willen des Geschäftsherrn, heimlich durch Abschriften etc. eine sicherere Kenntnis von Geheimnissen zu verschaffen, als sie ihm durch die ihm zugewiesene Arbeit unmittelbar zuteil wird, verstößt er gegen Treu und Glauben und ihre Verwertung zum Zwecke des Wettbewerbes ist nicht erlaubt.

C. Rechtmäßige und unrechtmäßige Benutzung einer gemeinfreien Erfindung.

Wir haben in § 9 gesehen, daß ein Recht, kraft dessen der Erfinder Andern die Benutzung der Erfindung verbieten könnte, dem Erfinderrecht nicht innewohnt. Diese Befugnis entsteht erst mit der Erteilung des Patentes. Einer Benutzung der Erfindung, die nicht durch Preisgabe an die Allgemeinheit zur Zerstörung des Rechtes auf das Patent führt und deren Kenntnis nicht auf einer Verletzung der Geheimsphäre beruht, kann grundsätzlich nichts entgegengehalten werden. Für jedermann frei benutzbar wird eine Erfindung dann, wenn sowohl das Erfinderrecht zugrunde gegangen ist, als auch die Erfindung ihren Geheimnischarakter verloren hat. Von diesem Momente an ist die Erfindung Allgemeingut. Jedermann steht hinsichtlich der Benutzung genau so da, wie der Erfinder selbst. Ein in Verkehr gebrachtes Erzeugnis einer nicht patentierten Erfindung darf beliebig nachgeahmt werden. Wie das Bundesgericht[28]) mit Recht feststellt, geht es nicht an, auf dem Umwege über das gemeine Recht, insbesondere unter Heranziehung der Grundsätze über den unlauteren Wettbewerb, Monopolansprüche zu konstruieren, die, weil zeitlich unbeschränkt, noch über diejenigen der gewerblichen Spezialgesetze hinausgehen würden. Es hat daher entschieden, daß in der Nachahmung eines mit

[28]) Vgl. BGE 57 II 459.

Neuerungen versehenen Uhrwerkes, das weder patentiert noch als gewerbliches Muster hinterlegt, also gemeinfrei war, an sich nichts Unerlaubtes erblickt werden könne.

In Deutschland hatte sich vor ca. zwei Jahrzehnten die Tendenz geltend gemacht, jede Ausnutzung fremder Arbeit als eine die guten Sitten im geschäftlichen Wettbewerb verletzende und demnach gegen die Generalklausel des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verstoßende Handlung anzusehen. Das Reichsgericht hatte zuerst in dem in unserem Nachbarlande viel beachteten Käthe-Kruse-Puppen - Entscheid [29]) und in der Folge in zahlreichen andern Urteilen es als unsittlich bezeichnet, sich das mit Mühe und Kosten errungene fremde Arbeitsergebnis zum Nachteil dessen anzueignen, dem billigerweise die Früchte dieser Tätigkeit zukommen müßten. Obwohl dieser Gesichtspunkt zunächst bestechend erscheint, müssen wir uns darüber klar sein, daß eine derartige Rechtssprechung den Keim einer völligen Auflösung der Sonderschutzrechte in sich trug, indem jeder Anreiz zur Erwirkung eines mit Kosten verbundenen und dazu noch zeitlich begrenzten spezialrechtlichen Schutzes wegfallen müßte. Die Gerichte haben denn auch die Gefahr erkannt und ihre frühere Rechtssprechung aufgegeben. Sie haben auch mit dem so viel gebrauchten, einer vorgefaßten Meinung entsprungenen Schlagwort vom „sklavischen Nachbau" gebrochen und anerkennen, daß selbst völlige, maßstabgetreue Nachbildung an sich unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts nicht verboten werden kann, wenn nicht besondere, wettbewerbsrechtliche Momente hinzukommen [30]). Ein Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Normen ist selbstverständlich ausgeschlossen, wenn jemand die Erfindung lediglich zur Befriedigung seiner eigenen Bedürfnisse nachahmt und nicht dadurch in den Wettbewerb eintritt, daß er die nachgemachten Produkte in den Handel bringt. Das Reichsgericht hat folgende drei Erfordernisse zur Erfüllung des Tatbestandes des unerlaubten Vertriebs nachgebauter Erzeugnisse als erforderlich erachtet: Es muß erstens das nachgeahmte Erzeugnis Verkehrsgeltung besitzen, d. h. es muß, wie das Reichsgericht sich ausdrückt, ein nicht unerheblicher Teil

---

[29]) GRUR 1925, S. 278.

[30]) Vgl. etwa folgende in GRUR wiedergegebene Entscheide: Jahrg. 1932, S. 317 betr. Lichtpausmaschine, Jahrg. 1934, S. 370 betr. Hosenträgerband, Jahrg. 1940, S. 454 betr. Messerbestecke, Jahrg. 1941, S. 378, sowie zwei Aufsätze von Nerreter Paul in GRUR, Jahrg. 1936, S. 290 ff. und Gewiese Georg in Jahrg. 1936, S. 296 ff.

der beteiligten Verkehrskreise sich daran gewöhnt haben, die Ware wegen ihrer kennzeichnenden Eigenart mit einer bestimmten — und zwar immer der gleichen — Herkunftsstätte in Verbindung zu bringen [31]). Zweitens muß eine Verwechslungsgefahr der beiden Erzeugnisse bestehen und drittens muß diese Verwechslungsgefahr vom Nachahmer bewußt herbeigeführt worden sein. Die neueste Rechtssprechung des Reichsgerichts [32]) hat das letztgenannte Erfordernis, die Täuschungsabsicht, fallen gelassen; es genügt nun die objektive Verwechslungsgefahr.

Auch das schweiz. Bundesgericht untersuchte in dem schon erwähnten Entscheid in A. S. 57 II 457 die Frage, inwieweit der Handel mit genau nachgebildeten, ungeschützten Erzeugnissen gestattet sei. Es geht dabei von dem von ihm in ständiger Praxis anerkannten und auch in der Pariser Verbandsübereinkunft vom 20. März 1883 in Art. 10 bis, Abs. 2 niedergelegten Grundsatz aus, wonach der Vertrieb von Produkten, die zufolge ihrer täuschenden Aehnlichkeit mit bereits bestehenden anderweitigen Erzeugnissen zu einer Irreführung des Publikums geeignet sind, als unlauter und daher als unerlaubt bezeichnet werden müsse. Damit solle, so führt es aus, freilich nicht gesagt sein, daß bei jeder Verwechslungsmöglichkeit der Vertrieb von Nachahmungen unerlaubt sei. Sofern und soweit die Nachahmung im Interesse des dem fraglichen Erzeugnisse innewohnenden Gebrauchszweckes erfolgte, müsse eine hiedurch begründete Verwechslungsgefahr in den Kauf genommen werden, ansonst man wiederum zu einem beinahe unbeschränkten Immaterialrechtsschutz gelangen würde, der vom Gesetzgeber ausgeschlossen werden wollte. Dagegen liege ein unlauteres Verhalten dann vor, wenn ohne Beeinträchtigung des Gebrauchszweckes die Möglichkeit einer Unterscheidung, sei es durch besondere Bezeichnung, Ausstattung oder Ausgestaltung, gegeben gewesen wäre und der Nachahmer trotzdem, mit Absicht oder aus Fahrlässigkeit, eine abweichende Gestaltung unterlassen habe; denn wenn auch für die dem fraglichen Erzeugnisse zugrunde liegende Idee der formale gewerbliche Rechtsschutz nicht oder nicht mehr bestehe, so solle für deren Ausnutzung doch nicht eine Form gebraucht werden, die weiter gehe, als der Zweck es erheische, die Idee dem Interesse der Allgemeinheit dienstbar zu machen.

Zu einer eindeutigen Abgrenzung des rechtlich Erlaubten und

[31]) Entscheid des RG vom 23. Febr. 1934 in GRUR, Jahrg. 1934, S. 371.
[32]) Vgl. Entscheid des RG vom 18. Mai 1940 in GRUR S. 436.

Unerlaubten können wir nur gelangen, wenn wir einen festen Trennungsstrich ziehen zwischen dem schöpferischen Werke einerseits und der Warenkennzeichnung anderseits [33]). Dort, inbezug auf den schöpferischen Gehalt, das uneingeschränkte Recht zur Nachahmung, hier, inbezug auf die kennzeichnenden Zutaten, die durch das Verbot des unlauteren Wettbewerbs gezogenen Schranken. Es muß daher in jedem einzelnen Falle untersucht werden, ob die Uebereinstimmung in der äußerlichen Ausgestaltung durch die technische Funktion des Gegenstandes bedingt sei, oder ob sie als freie Zutat bloße Kennzeichnungsfunktion erfülle. Im ersteren Falle ist eine mögliche Verwechselbarkeit die zwangsläufige Nebenerscheinung der erlaubten Nachahmung des fremden technischen Werkes und muß geduldet werden. Im zweiten Falle ist die Irreführung über die Herkunft des gewerblichen Erzeugnisses eine selbständige Handlung, die mit der Nachahmung einer ungeschützten Erfindung an sich nichts zu tun hat, sondern rein zufällig mit ihr zusammentrifft, die ohne Unterschied gegeben ist, ob sie nun in Hinsicht auf ein nachgebautes oder ein unabhängig hergestelltes Produkt erfolge. Der Täuschende macht sich durch Irreleitung des kaufenden Publikums den guten Ruf, den sich der Konkurrent erworben hat, zu eigen [34]); er nützt den Umstand aus, daß der Hersteller eines bestimmten Erzeugnisses als solcher bekannt ist und sich im Kreise seiner Konsumenten einer besonderen Wertschätzung erfreut oder — mit einem Wort gesagt — daß das Konkurrenzprodukt die von den Deutschen so genannte Verkehrsgeltung [35]) besitzt.

Täuschungsabsicht ist freilich nicht erforderlich. Für die Klage auf Einstellung des unlauteren Gebarens genügt gemäß Art. 48 OR der objektive Tatbestand vorhandener Verwechslungs- und Benachteiligungsmöglichkeit (vgl. BGE 39 II 267). Fahrlässigkeit verpflichtet zu Schadenersatz. Es darf dem Nachahmer eines nicht patentierten technischen Produktes wohl zugemutet werden, sich vor dem Vertriebe desselben darüber Klarheit zu verschaffen, ob es in den in Frage kommenden Abnehmerkreisen als das Erzeugnis des bisher alleinigen Herstellers gelte, um gegebenenfalls „mit besonderer Sorgfalt auf die Schaffung genügender Unterscheidungsmerkmale bedacht zu sein“ [36]).

[33]) Vgl. Nerreter „Die sklavische Nachahmung“ in GRUR, Jahrg. 1936, S. 292.
[34]) Vgl. BGE 56 II 32.
[35]) Vgl. oben S. 107.
[36]) Vgl. BGE 59 II 83.

§ 18. Die Rechtsschutzmittel gegen Verletzung des Erfindungsgeheimnisses.

I. Die Beseitigungs- und die Unterlassungsklage.

In der Reihe der nach Inhalt und Voraussetzungen verschiedenen Ansprüche, die von dem durch Eingriffe in seine Geheimsphäre oder durch unlautere Wettbewerbshandlungen verletzten Erfinder geltend gemacht werden können, setzen wir, ihrer Bedeutung entsprechend, an erste Stelle die Klage auf „Beseitigung der Störung" (Art. 28 ZGB) und die Klage auf „Einstellung dieses (auf unlautern Wettbewerb gerichteten) Geschäftsgebarens" (Art. 48 OR). Die in Art. 28 ZGB statuierte Klage wird als Beseitigungsklage, die in Art. 48 OR enthaltene Klage infolge ihres unklaren Wortlautes bald als Unterlassungs-, bald ebenfalls als Beseitigungsklage [1]), bald als eine auf Unterlassung *und* auf Beseitigung gerichtete Klage [2]) bezeichnet. Entsprechend unklar und mangelhaft ist die Behandlung der beiden Klagen durch die Gerichte. Die bundesgerichtliche Praxis und ihr folgend die einschlägigen Kommentare zum ZGB und OR stellen die beiden Klagen einander gleich [3]). In konstanter Praxis nimmt das Bundesgericht an, daß zur Zeit der Klageerhebung nach Art. 28 ZGB Störungshandlungen noch bevorstehen oder noch fortdauern müssen [4]). Zur Aufstellung dieses Erfordernisses der Beseitigungsklage wird es dadurch veranlaßt, daß es dem Begriff „Störung", unter welchem sowohl die Störungshandlung als auch die Störungswirkung verstanden werden kann, die erstere Bedeutung beilegt. Während die Beseitigung von Störungswirkungen auch dann in Betracht fällt, wenn die Störungshandlung längst der Vergangenheit angehört, hat eine Klage auf Beseitigung der Störungshandlungen, wie das Bundesgericht sagt, nur Raum, wenn diese noch fortdauern, oder wenn ihre Wiederholung droht [5]). Unter diesen Umständen greift nun aber auch die

---

[1]) In diesem Sinne z. B. Grimmlinger.

[2]) So von Tuhr, Schweiz. OR Bd. 1, S. 349.

[3]) In unmißverständlicher Weise kommt diese Gleichstellung in BGE 40 II 606 zum Ausdruck, wo das Bundesgericht erklärt, daß der Geschädigte die Beseitigung des ihm nachteiligen Zustandes (in casu Führung einer Firma wider Treu und Glauben durch ein Konkurrenzunternehmen) durch Klage auf Untersagung des weitern Gebrauchs der Firma — also vermittelst einer Unterlassungsklage — verlangen könne.

[4]) Vgl. BGE 40 II 164, 42 II 599, 45 II 106, 48 II 16.

[5]) Vgl. BGE 48 II 17. Die erstgenannte Bedingung ist logisch; die Beseitigung einer erst drohenden, noch bevorstehenden Störung dagegen ist sprachlich ein Widerspruch.

Unterlassungsklage Platz, die, in die Zukunft gerichtet, dem vorbeugenden Rechtsschutz dient. Um ihren Zweck, Unterdrückung drohender Verletzungshandlungen, erfüllen zu können, muß sie nicht nur auf richterliches Verbot zukünftiger, sondern auch auf Beseitigung eventuell schon gegenwärtiger Verletzungshandlungen gerichtet sein.

Neuere Autoren [6]) treten nun m. E. mit Recht der Meinung entgegen, daß der Gesetzgeber mit der Beseitigungs- und mit der Unterlassungsklage dieselben Ansprüche habe gewähren wollen. Jene, die in Art. 28 ZGB statuierte Beseitigungsklage, gehe über den Rahmen der Unterlassungsklage des Art. 48 OR hinaus, indem sie sich auf Beseitigung der Störungs*wirkung* richte. Sie gehe auf Naturalrestitution, auf Wiederherstellung des Zustandes, der vor der Störung bestanden hat, oder der bestanden hätte, wenn die Störungshandlung nicht vorgenommen worden wäre [7]). Während der Anspruch auf Beseitigung der Wirkungen einer bereits abgeschlossenen Störungshandlung nach der vom Bundesgericht geübten Praxis nur als Schadenersatz- oder Genugtuungsanspruch geltend gemacht werden kann und somit an den Nachweis eines Verschuldens des Beklagten gebunden ist, könnte er nach der von uns befürworteten Auslegung der Beseitigungsklage ohne den Nachweis eines solchen verfolgt werden. Denn es ist unbestritten, daß die Beseitigungsklage — gleich wie die Unterlassungsklage [8]) — kein Verschulden voraussetzt. Es entspricht der Billigkeit, für die Beseitigung der Störung das Vorliegen der objektiven Widerrechtlichkeit genügen zu lassen. Mangelnde Schuld auf Seite des Verletzers, z. B. wegen Urteilsunfähigkeit, soll nicht das Einschreiten gegen störende Eingriffe in die Persönlichkeit verhindern können. Schuld oder Nichtschuld soll lediglich ausschlaggebend sein, wo es sich um Wiedergutmachung, Ausgleichung des zugefügten Schadens durch ideelle oder materielle Aequivalente handelt.

Der Entwurf des Bundesrates zu einem BG über den unerlaubten Wettbewerb hat sich, in Befolgung der Vorchläge Germanns, diesen Standpunkt zu eigen gemacht, indem er in Art. 3 neben den Ansprüchen auf Schadenersatz (lit. d) und Genugtuung (lit. e) in lit. c ausdrücklich einen solchen auf Beseitigung des

---

[6]) Pfister, S. 51 ff.; Grimmlinger, S. 138. Vgl. auch die zum ersten Male von Germann, Vorarb., S. 122 und die von Egger N 79 und N 80 zu Art. 28 ZGB an der Praxis des Bundesgerichts geübte Kritik.

[7]) Vgl. Pfister, S. 52.

[8]) Vgl. S. 94 dieser Arbeit.

rechtswidrigen Zustandes vorsieht. Gleichzeitig hält er in wünschenswerter Klarheit Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch auseinander, indem er diesen durch Zuweisung eines besondern lit. (b) auch rein äußerlich von jenem trennt.

Für den Schutz des Erfinders sind die beiden Klagen sehr wichtig. Wie bei allen Geheimnissen droht beim Erfindungsgeheimnis ständig Verletzung seitens Unbefugter, sei es, daß sich jemand unerlaubterweise von der geheim gehaltenen Erfindung Kenntnis zu verschaffen sucht, sei es, daß unbefugte Weitergabe durch einen recht- oder unrechtmäßigen Besitzer des Erfindungsgeheimnisses droht. In diesen Fällen kann sich der Erfinder mit der Unterlassungsklage ein richterliches Verbot erwirken, freilich nur sofern Anzeichen vorhanden sind, die eine Verletzung befürchten lassen.

Hat sich jemand widerrechtlich vom Erfindungsgeheimnis Kenntnis verschafft, so kann diese Kenntnis nicht rückgängig gemacht, beseitigt werden. Wohl aber kann die Herausgabe oder Vernichtung eines Schriftstückes, Planes oder Modells, in welchen der Erfindungsgedanke niedergelegt ist, verlangt werden[9]. Die Beseitigungsklage ist für den Erfinder natürlich besonders wertvoll, wenn mit der Wegnahme dieser Verkörperungen dem Entwender zugleich auch die Möglichkeit einer Weitergabe oder Verwertung der Erfindung genommen wird.

II. Die Feststellungsklage.

Die Feststellungsklage entbehrt einer allgemeinen gesetzlichen Regelung. Sie ist nur beim Namensschutz (Art. 29 ZGB) berücksichtigt. Trotzdem ist sie in der schweizerischen Rechtspflege, wenn auch bloß für ein beschränktes Anwendungsgebiet, zur Anerkennung gelangt. Sie dient der Abklärung des Bestehens oder Nichtbestehens eines rechtlichen Verhältnisses[10]. Sie wurde von der Praxis des Bundesgerichts unter den gleichen Voraussetzungen zugelassen wie die Unterlassungsklage: die Störung muß zur Zeit der Klageerhebung bevorstehen oder noch andauern. Ein Verschulden braucht den Beklagten nicht zu treffen. Erforderlich ist auch, daß der Kläger ein rechtliches Interesse an der richterlichen Feststellung des Rechtsverhältnisses habe. Kann dieses Interesse nach-

[9]) Vgl. Kohler, Handb. S. 253, Giesker, S. 185.
[10]) Egger, N 77 zu Art. 28, Pfister, S. 55.

gewiesen werden, so wird sie selbst dann zugelassen, wenn eine Leistungsklage möglich gewesen wäre; die Feststellungsklage hat, wie das Bundesgericht feststellt[11]), nicht rein subsidiären Charakter. Die geltende Gerichtspraxis schließt die Feststellungsklage bloß aus, wo es sich um bereits abgeschlossene, in der Vergangenheit liegende Verletzungen handelt. Gegen dieselben kann allein mit einer Schadenersatz- oder Genugtuungsklage vorgegangen werden[12]).

Obschon die Feststellungsklage weder in Art. 28 ZGB noch in Art. 48 OR vorgesehen ist, ist sie namentlich für den Persönlichkeitsschutz von Bedeutung. Was speziell das Erfindungsgeheimnis anbelangt, kann der Erfinder im Einzelfall ein Interesse daran haben, sein Recht an demselben feststellen zu lassen, sei es, daß bereits eine Verletzung stattgefunden habe, sei es, daß der Erfinder durch gerichtliche Feststellung des Rechtsverhältnisses einen andern von der von ihm beabsichtigten Verletzungshandlung abhalten wolle. Das Bundesgericht[13]) läßt die Feststellungsklage auch im Wettbewerbsrecht zu, mit dem bekannten Hinweis darauf, daß Art. 48 OR nur eine Ausführungsvorschrift der allgemeinen, den Schutz der Persönlichkeit regelnden Bestimmung des Art. 28 ZGB darstelle. Gleich wie bezüglich der andern Klagen aus unlauterem Wettbewerb zeichnet sich der Entwurf zu einem BG über den unerlaubten Wettbewerb auch hier durch seine eindeutige Fassung aus, indem er dem durch eine unlautere Wettbewerbshandlung Geschädigten expressis verbis einen Anspruch auf Feststellung der Unerlaubtheit dieser Wettbewerbshandlung einräumt (Art. 3 lit. a).

III. Die Klagen auf Schadenersatz und auf Genugtuung.

Diese beiden Klagen sind gemäß Art. 28, Abs. 2 ZGB nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen zulässig. Von ihnen sind für uns hier von Interesse die Art. 48 und 49 OR. Es handelt sich um Ansprüche obligatorischer Natur. Sie fließen nicht unmittelbar aus dem Persönlichkeitsrecht, sondern sie beruhen auf Deliktsobligationen. Im Gegensatz zu den Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklagen setzen sie ein Verschulden des Täters voraus[14]).

---

[11]) BGE 50 II 57.
[12]) Vgl. BGE 40 II 165, 45 II 107, 48 II 19.
[13]) BGE 56 II 36.
[14]) Vgl. die Umschreibung der Voraussetzungen der Haftung aus unerlaubter Handlung in Art. 41 OR.

Art. 49 OR gewährt dem in seinen persönlichen Verhältnissen Verletzten bei Verschulden Anspruch auf Ersatz des Schadens und außerdem, wo die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens es rechtfertigt, Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung; ebenso gibt Art. 48 OR bei verschuldeter Schadenszufügung durch unerlaubte Wettbewerbshandlungen Anspruch auf Schadenersatz.

Verletzung des Erfindungsgeheimnisses wird in der Regel einen Vermögensschaden im Gefolge haben. Wie Kohler [15]) und Giesker [16]) mit Recht betonen, kommt für die Entschädigung der Wert der Idee als *Geheimnis,* den ihr die Möglichkeit der faktischen Alleinausbeutung verleiht, nicht der Wert als Erfindung, der in der Möglichkeit der Erlangung eines Alleinrechts in der Gestalt eines Patentes liegt, in Betracht [17]). Der Geheimnischarakter ist bei vielen Erfindungen von bedeutendem wirtschaftlichem Wert. Ich zitiere Bruch [18]): „Es ist durchaus denkbar, daß der Erfinder eine Erfindung, die ihren Geheimnischarakter ganz oder teilweise verloren hat, nur zu unvorteilhaften Bedingungen absetzen kann. Mancher Interessent wird sich von dem Erwerb der Erfindung schon durch den Gedanken an das Risiko abschrecken lassen, welches mit der Ausbeutung einer nicht mehr ganz geheimen Erfindung verbunden ist. Ein solches Risiko besteht nämlich deshalb, weil es bei einer nicht mehr ganz geheimen Erfindung Personen gibt, welche auf Grund ihrer Kenntnis von der Erfindung jederzeit in der Lage sind, die Ausbeutung der Erfindung selber aufzunehmen oder andern Personen durch Weitergabe ihrer Kenntnis die Möglichkeit zu einer solchen Ausbeutung zu verschaffen. Es ist klar, daß dieses Risiko die Preisangebote der Interessenten herabdrücken kann. Darin läge bereits die Entstehung eines Vermögensschadens, der auf die Handlung des entwendenden bzw. mitteilenden Dritten zurückzuführen wäre."

Empfindlicher trifft den Erfinder die Vermögenseinbuße, wenn der Entwender der Erfindung oder ein Dritter, dem er sie mitgeteilt hat, die Erfindung benutzt. Eine Veräußerung der Erfindung als Geheimverfahren wird überhaupt nicht mehr in Betracht kommen. Nimmt sie der Erfinder selbst in Benutzung, so

[15]) Kohler, Handb. S. 254.
[16]) Giesker, S. 184.
[17]) Die Schadenersatzansprüche aus der Verletzung des Rechtes auf das Patent wurden oben dargelegt. Siehe S. 77 ff.
[18]) Bruch, S. 170.

wird er durch den unberechtigten Benutzer, der dieselben Erfindungsgegenstände herstellt und in den Verkehr bringt, finanziell geschädigt, indem dieser als sein Konkurrent auf dem Markte Gewinne einheimst, die er selbst hätte erzielen können.

Wer Schadenersatz beansprucht, hat, gemäß Art. 42, Abs. 1 OR den Schaden zu beweisen. Die Höhe des entstandenen Schadens wird sich bei Verletzungen von Erfindungsgeheimnissen oft nicht ziffernmäßig feststellen lassen. Hier hat das Gericht den Schaden nach seinem Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Maßnahmen abzuschätzen (Art. 42, Abs. 2 OR). Bei der Festsetzung der Größe des Ersatzes für den eingetretenen Schaden hat der Richter sowohl die Umstände als die Größe des Verschuldens zu würdigen (Art. 43, Abs. 1 OR). Da die Ermittlung des Schadens und die Festsetzung des billigen Ersatzes oft große Schwierigkeiten bietet, wäre es wünschenswert, in gewissen Fällen nicht von dem Vermögensstande des Verletzten, sondern von demjenigen des Verletzers auszugehen und diesen zu verurteilen, den Gewinn herauszugeben, den ihm die Benutzung des widerrechtlich in Erfahrung gebrachten Erfindungsgeheimnisses eingebracht hat. Wir sind oben [19]) zur Feststellung gelangt, daß ein derartiger Anspruch nicht mit der Klage auf Schadenersatz geltend gemacht werden kann. Hingegen konnte dort das Ziel, nämlich die Herausgabe der auf Grund eines widerrechtlich erlangten Patentes gemachten Gewinne, mit der Klage aus eigennütziger Geschäftsführung gemäß Art. 423 OR erreicht werden. Hier aber ist uns dieser Weg verschlossen. Voraussetzung für die Anwendung des Art. 423 OR wäre das Vorliegen eines objektiv fremden Geschäftes, eines Geschäftes, das der Erfinder als Geschäftsherr allein zu tätigen berechtigt ist [20]). Der Erfinder hat nun aber nicht ein alle Andern ausschließendes Recht auf Benutzung der nicht patentierten Erfindung. Es besteht keine allgemeine Rechtspflicht, die Verwertung eines fremden Geheimnisses zu unterlassen. Lediglich demjenigen, der infolge Verletzung der Geheimsphäre des Erfinders in den Besitz des Erfindungsgeheimnisses gelangte, ist die Benutzung der Erfindung untersagt. Es handelt sich hier um ein an den Einzelnen gerichtetes, subjektives Benutzungsverbot, dessen Mißachtung nicht eine der Gesamtheit entzogene, eine objektiv fremde Geschäftsführung darstellt. Es be-

[19]) Vgl. S. 80 ff.
[20]) Vgl. S. 85 dieser Abhandlung.

stünde die Möglichkeit, die Lücke wenigstens für die Fälle, wo die Verletzung des Erfinderpersönlichkeitsrechts zu Wettbewerbszwecken erfolgt, auf den Zeitpunkt des Erlasses des bis zum Entwurf gediehenen BG über den unlauteren Wettbewerb auszufüllen. Wie wir oben [21]) schon feststellten, hat jedoch dieser Entwurf den im Vorentwurf von Germann in Art. 4, Abs. 3 vorgesehenen Gewinnherausgabeanspruch bedauerlicherweise nicht übernommen.

Im Unterschied zum Schadenersatz dient die Genugtuung nicht dem Ausgleich für materiellen Schaden, sondern für die in körperlichen oder seelischen Schmerzen bestehende Kränkung, also für immaterielle Schädigung (tort moral). Eine solche würde dem Erfinder beispielsweise zugefügt, wenn sein Erfindungsgeheimnis, das er aus moralischen Gründen für sich behalten wollte, durch Entwendung oder Verrat zur Verwertung gelangt. Nehmen wir an, ein Chemiker erfinde während des Krieges einen Sprengstoff, der alle bisher bekannten an Wirkung übertrifft. Als Philantrop wünscht er jedoch nicht, daß er zu Kriegszwecken verwendet werde und will ihn bis zum Kriegsende geheim halten. Durch Verrat oder Entwendung des Geheimnisses gelangt die Erfindung jedoch in die Hände einer Kriegspartei. Hier liegt eine schwere Verletzung in den persönlichen Verhältnissen vor, die moralische Satisfaktion erfordert.

Die Genugtuung besteht in der Regel in einer Geldsumme (Art. 49, Abs. 1 OR i. f.). Die dadurch bewirkte Vermehrung des Vermögens des Verletzten, die entsprechende Verminderung auf Seiten des Verletzers oder auch nur die damit durch den Richter dokumentierte Mißbilligung des unerlaubten Verhaltens sollen, je nachdem, zusammen oder einzeln, dem durch die Verletzung erzeugten „Unlustgefühl" entgegenwirken.

Anstatt oder neben der Geldleistung kann der Richter auf eine andere Art der Genugtuung erkennen (Art. 49, Abs. 2 OR). Auf diese Gesetzesstelle fundieren die Gerichte gewöhnlich den Anspruch auf Beseitigung der Störungswirkungen, insbesondere die Klage auf Veröffentlichung des Urteils [22]). Richtig ist, daß diese und andere Maßregeln, die zur Beseitigung des durch den Angriff auf die Persönlichkeit hervorgerufenen rechtswidrigen Zustandes dienen, auch mit der Genugtuungsklage geltend gemacht werden

---

[21]) Vgl. S. 82, Anm. 83.

[22]) So z. B. BGE 45 II 108. Manchmal wird er auch als eine besondere Art des Schadenersatzes gewährt. So in BGE 25 II 300 und 56 II 37.

können. Genugtuungsklage und Beseitigungsklage können sich in ihrer Wirkung decken[23]). Die Beseitigungsklage mit ihren leichteren Voraussetzungen bleibt jedoch die primäre Anspruchsgrundlage. Was speziell die Urteilspublikation anbelangt, hat sie der Entwurf zu einem BG über den unerlaubten Wettbewerb in Art. 9 absichtlich von den Voraussetzungen der Art. 41 ff. OR losgelöst und sie auch bei Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklagen als zulässig erklärt[24]).

IV. Die vorsorglichen Maßnahmen.

Im Gegensatz zu den gewerblichen Spezialgesetzen, die neben den materiellen Normen des gewerblichen Rechtsschutzes auch die formellen enthalten und infolgedessen auch die vorsorglichen Maßnahmen bundesrechtlich regeln[25]), ist bekanntlich auf dem Gebiete des allgemeinen Zivilrechts das Verfahrensrecht den Kantonen vorbehalten. Soweit diese also vorsorgliche Maßnahmen vorsehen, sind sie in den einzelnen kantonalen Prozeßgesetzen zu finden und treten hier unter den verschiedensten Benennungen auf[26]). Regelmäßig erfüllt die vorsorgliche Maßnahme zwei Funktionen[27]): Die eine besteht in der Sicherung der künftigen Realexekution von Ansprüchen auf eine Individualleistung, auf ein individuelles Tun oder Unterlassen[28]), wenn die Besorgnis begründet ist, daß ohne sie die Verwirklichung des Rechts auf die Individualleistung vereitelt oder doch wesentlich erschwert würde. Die andere Funktion besteht in der provisorischen Regelung eines Streitverhältnisses, sofern eine solche Regelung, z. B. zur Abwendung wesentlicher Nachteile, nötig erscheint.

---

[23]) Vgl. Melliger, S. 116/17, von Tuhr schweiz. OR Bd. 1, S. 108, Anm. 16 und S. 349.

[24]) Vgl. Botschaft in B. Bl. 1934, S. 542.

[25]) Vgl. Art. 43 PG, Art. 52 URG, Art. 31 MSG, Art. 28 MMG; auch im Entwurf zu einem BG über den unerlaubten Wettbewerb ist die bundesrechtliche Regelung der vorsorglichen Maßnahmen vorgesehen, vgl. Art. 12 ff. des Entwurfs.

[26]) Die Zivilprozeßordnung des Kantons Aargau vom 12. März 1900 z. B. bezeichnet sie als „vorläufige Maßnahme" (§ 245, Ziff. 2 und § 253) und erläßt sie im sog. Befehlsverfahren; die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918 gebraucht die Bezeichnung „einstweilige Verfügung" (Art. 326) und unterstellt sie dem sog. summarischen Verfahren.

[27]) Vgl. Keller, S. 278/79.

[28]) Zur Sicherung der Exekution von Ansprüchen auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung kommen ausschließlich die Maßnahmen des SchKG, insbesondere der Arrest, zur Anwendung.

In unserem Zusammenhange ist die zweite Funktion die wichtigere. Sie ermöglicht eine — wie Matti [29]) sich ausdrückt — antizipierte Vollstreckung des Entscheides, der sich auf eine vorläufige Beurteilung der Streitsache stützt. Und zwar handelt es sich regelmäßig um die vorläufige Vollstreckung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen, weshalb denn auch der Wettbewerbsgesetzesentwurf in Art. 12, Abs. 1 i. f. die vorläufige Vollstreckung ausdrücklich auf diese beiden Ansprüche beschränkt. Denn beim Feststellungsanspruch dürfte, wie die Botschaft zum Entwurf [30]) zutreffend bemerkt, eine solche Maßnahme praktisch kaum in Frage kommen, und für die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche finden die Bestimmungen des SchKG Anwendung.

Die vorsorglichen Maßnahmen sind wohl zu unterscheiden von den Sanktionen, die auf Grund des Urteils, d. h. also nach der Urteilsfällung vorgenommen werden; jene werden, abgesehen von der Erleichterung des Beweises, der bis zur bloßen Glaubhaftmachung reduziert sein kann, im Gegensatz zu diesen vor der Urteilsfällung vorgenommen und fallen mit dem Erlaß eines rechtskräftigen Urteils dahin. Zur Verhinderung weiterer Verletzungen des Erfindungsgeheimnisses können dem Verletzer während der Dauer des Prozesses jede weitere Herstellung und Verwertung der betreffenden Erfindungsgegenstände verboten oder die zu ihrer Herstellung notwendigen Einrichtungen bis zum endgültigen Urteil beschlagnahmt werden, oder es kann einem Unternehmer, der einen Angestellten eines Konkurrenten zum Zwecke des Geheimnisverrates abspenstig gemacht hat, sofort untersagt werden, denselben in seinem Betrieb anzustellen oder weiterhin zu beschäftigen. In allen angeführten Fällen wird durch die Anordnung der vorsorglichen Maßnahme eine provisorische Erfüllung des Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruchs erzielt.

---

[29]) Matti, S. 1113.
[30]) B. Bl. 1934, S. 544.

3. Kapitel:

Der strafrechtliche Schutz des Erfinders.

§ 19. Der Schutz nach Art. 162 StrGB.

Neben den zivilrechtlichen Schutz, dessen der Erfinder einer nicht patentierten Erfindung teilhaftig wird, tritt der strafrechtliche. Es handelt sich hierbei nicht um einen spezialrechtlichen Schutz des Erfinderrechts[1]), sondern die Tatbestände, die mit Strafe bedroht sind, sind bestimmte Eingriffe in das Erfindungsgeheimnis. Als Fabrikationsgeheimnis genießt es den Schutz des Art. 162 StrGB, der die Verletzungen des Fabrikationsgeheimnisses und des Geschäftsgeheimnisses poenalisiert. Vor dem 1. Januar 1942 beruhte der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse auf der Gesetzgebung der Kantone. Das Bild, das sich hier bot, war ein entsprechend uneinheitliches. Nur eine kleine Anzahl kantonaler Strafgesetze schützten Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse. Die meisten bestraften nur die Verletzung von Amts-, Berufs- und Briefgeheimnis. Hingegen hatte eine Reihe von Kantonen in ihre Wettbewerbsgesetze Bestimmungen aufgenommen, die sich auf Verletzungen von Wirtschaftsgeheimnissen anwenden ließen. Der Entwurf zu einem BG über den unerlaubten Wettbewerb sieht in Art. 16 ebenfalls diesbezügliche Strafbestimmungen vor; die Tatbestände in Abs. 1, lit. b entsprechen denjenigen, an die Art. 2, lit. c des Entwurfs zivilrechtliche Ansprüche knüpft.

Gemäß Art. 162 StrGB macht sich strafbar:

„Wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollte, verrät,
wer den Verrat sich zunutze macht,

[1]) Das Patentgesetz enthält nur strafrechtliche Bestimmungen zum Schutze der patentierten Erfindungen.

wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er durch unerlaubte Mittel ausgekundschaftet hat, zum Zwecke des Wettbewerbes verwertet oder andern mitteilt."

Das Strafgesetz schützt also das Erfindungsgeheimnis gegen dreierlei Angriffe: Der erste Tatbestand ist der Verrat des Geheimnisses durch eine Person, die durch Gesetz oder Vertrag zu dessen Geheimhaltung verpflichtet war. Verrat ist unbefugte Mitteilung an andere. Der Ausdruck ist gleichbedeutend mit dem oben [2]) gebrauchten Begriff der unerlaubten Kenntnisvermittlung. Ich gehe mit Ringier [3]) und Herold [4]) nicht einig, welche durch ausdehnende Interpretation auch die „unbefugte Benutzung", das „Verwerten" des Geheimnisses zum eigenen Nutzen unter den Verratsbegriff bringen [5]). Obwohl viele Autoren den Ausdruck „Verrat" der Kürze halber in dieser sinnwidrigen Bedeutung verwenden oder ihn sogar mit „Verletzung" schlechthin identifizieren, so spricht doch nichts dafür, daß der Gesetzgeber dieser Terminologie gefolgt ist. Vielmehr bedient er sich richtigerweise als Oberbegriff im Marginale des Sammelausdrucks „Verletzung" und unterscheidet klar die einzelnen verbotenen Handlungen in den ersten drei Absätzen des Art. 162. Daß unter „verraten" ausschließlich „mitteilen" verstanden werden muß, ergibt sich übrigens eindeutig aus Absatz 2, der die Ausnützung des Verrates unter Strafe stellt. Im Gegensatz zum deutschen Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 und dem schweiz. Entwurf zu einem BG über den unerlaubten Wettbewerb, die den Täterkreis auf bestimmte Personenkategorien [6]) beschränken, kann nach unserem Strafgesetz jedermann den Verrat begehen, sofern ihm nur eine gesetzliche oder vertragliche Pflicht Schweigen auferlegt. Jene Regelung hätte zugleich eine Beschränkung der Geheimhaltungspflicht auf die Anstellungsdauer zur Folge gehabt. Nach Auflösung des Dienstverhältnisses hätte der frühere Angestellte die Fabrikationsgeheimnisse seines ehemaligen Prinzipals straflos preisgeben dürfen. Mit Recht hat man von dieser bedenklichen Einschränkung abgesehen und es dem billigen Ermessen des Richters anheim-

[2]) Vgl. S. 98.
[3]) Ringier, S. 61.
[4]) Herold, S. 99.
[5]) Unentschieden, jedoch ebenfalls eher ablehnend: Hafter, Schweiz. Strafrecht, besonderer Teil, S. 392.
[6]) Deutsches UWG § 17, Abs. 1: Arbeiter, Angestellte oder Lehrlinge. Schweiz. E. zu einem UWG Art. 16, Abs. 2: Dienstpflichtige, Beauftragte oder Hilfspersonen.

gestellt, unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles zu entscheiden, ob eine Pflicht zur Geheimniswahrung weiter bestehe. In subjektiver Hinsicht war in der 2. Experten-Kommission der Antrag gestellt worden, „gewinnsüchtige oder schädigende Absicht" zu fordern und die Vorlage der Redaktionskommission vom März 1913 hatte diesem Verlangen entsprochen. Nachdem sich aber in der Experten-Kommission[7]) dagegen Opposition geltend gemacht hatte und Delaquis darauf hingewiesen hatte, daß auch jener Strafe verdiene, der etwa beim Schoppen den Mund nicht halten könne und ohne bestimmte Absicht, natürlich aber vorsätzlich, Geheimnisse verrate, wurde dieses Erfordernis wieder fallen gelassen. Der Vorsatz umfaßt die Kenntnis des geheimen Charakters der Erfindung und die Vorstellung und den Willen, sie Unberufenen zugänglich zu machen[8]).

Abs. 2 des Artikels stellt die Ausnützung des erfolgten Geheimnisverrates unter Strafe. Er setzt die Kenntniserlangung durch Verrat nach Abs. 1 voraus. Die verbotene Handlung, die Ausnützung, ist erfolgt, wenn der Dritte, der Verratsadressat, die ihm gemachte Mitteilung selbst ausnützt oder weitergibt, um sich dadurch einen vermögensrechtlichen Vorteil zu verschaffen. Ferner muß er sich bewußt sein, daß es sich um eine Erfindung handelt, die der Mitteilende geheim zu halten verpflichtet gewesen wäre.

Der Tatbestand des Abs. 3 setzt sich aus einem 2-aktigen Delikt zusammen. Erstens Auskundschaftung des Geheimnisses durch unerlaubte Mittel und zweitens Verwertung oder Mitteilung des ausgekundschafteten Geheimnisses. Ursprünglich, d. h. bis zum Vorentwurf von 1916, war beabsichtigt, den ersten Akt als selbständiges Delikt zu poenalisieren. Die Ausspähung, der Einbruch in die Geheimsphäre des Unternehmers mit unerlaubten Mitteln an sich sollte den Charakter der strafbaren Handlung ausmachen. Den Anstoß zu dieser grundlegenden Aenderung gab das Votum von Lang in der Sitzung der 2. Experten-Kommission vom 28. Sept. 1912. Zur Begründung seines Abänderungsantrages führte er als Beispiel den Fall an, wo ein Gelehrter, der ein rein wissenschaftliches Interesse an der Erlangung eines Fabrikationsgeheimnisses habe, dasselbe auskundschafte. Dieser dürfe doch nicht bestraft werden. Hätte man nur gerade in solchen Fällen eine Bestrafung

[7]) Vgl. Protokoll der Verhandlungen der 2. Exp. K., Bd. 3, S. 63 f.
[8]) Vgl. Komm. Thormann-Overbeck, Bd. 2, zu Art. 162, Abs. 1.

verhüten wollen, so hätte man auf einfachere Weise zum erstrebten Resultat gelangen können und die von Schmidt geübte Kritik[9]) hätte ihre volle Berechtigung. Es wäre in der Tat der Tatbestand der Ausspähung einfach dahin zu berichtigen gewesen, daß der Ausspähungszweck als „subjektives Unrechtselement" in ihm hervorgehoben worden wäre, wobei man nach dem Vorschlage von Schmidt als einen die Strafbarkeit begründenden Ausspähungszweck den Zweck des Geheimnisverrates oder der Geheimnisverwertung hätte verwenden können. Allein, auf Grund der von Lang vorgeschlagenen und unverändert in das Gesetz aufgenommenen Fassung entgeht eben auch — wie mir billig erscheint — derjenige der Strafe, der sich die Kenntnis des Geheimnisses zwar durch unerlaubte Mittel verschafft hat, in der Folge jedoch davon absieht, sie zu verwerten oder andern mitzuteilen. Neben dieser Einschränkung des Straftatbestandes von Abs. 3 führte der Antrag Lang in anderer Hinsicht zu einer Erweiterung der Strafbarkeit der Geheimnisverletzung. Er ergänzt in wünschenswerter Weise Abs. 2, der die Ausnützung eines durch Verrat erworbenen Geheimnisses bestraft, dadurch, daß nun auch die Ausnützung eines durch eigene unerlaubte Handlung erlangten Geheimnisses mit Strafe bedroht ist. Hingegen halte ich für unrichtig, daß Wettbewerbsabsicht verlangt wird[10]). Der Tatbestand sollte wie die beiden vorhergehenden, Verrat und Ausnützung des Verrates, allgemein, nicht unter dem Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbs, unter Strafe gestellt sein. Täter wird, wie bei Abs. 2, wohl in der Großzahl der Fälle ein Konkurrent des Geheimnisträgers sein und somit Wettbewerbsabsicht vorliegen; keineswegs aber immer. Die Tat hätte auch Strafe verdient, wenn sie aus andern Motiven, z. B. aus Bosheit oder Rache, in der Absicht den Geschäftsherrn zu schädigen, geschieht.

Das der Verwertung bzw. Weitergabe vorgängige Auskundschaften des Geheimnisses muß mit unerlaubten Mitteln erfolgt sein. Als unerlaubtes Mittel hat jedes nach Gesetz oder durch vertragliche Abmachung verbotene oder gegen Treu und Glauben verstoßende Verhalten zu gelten. Diebstahl, Betrug, Erpressung, Unterschlagung, Hausfriedensbruch etc. sind derartige das Gesetz verletzende Handlungen, die mit dem Eindringen in die fremde Geheimsphäre verbunden sein können. Verleitung von Angestellten

[9]) Schmidt, in Zeitschrift für Strafrecht, 1930, Jahrg. 44, S. 299.
[10]) Ebenso Ringier, S. 77 und Herold, S. 101/2.

zum Geheimnisverrat[11]) ist ein Fall von gegen Treu und Glauben verstoßendem Auskundschaften. Der Entwurf zu einem BG über den unerlaubten Wettbewerb macht sie sogar zum selbständigen Straftatbestand[12]); eine Verwertung braucht nicht erfolgt zu sein. Auch nach Art. 162 StrGB ist eine Bestrafung der Verleitung zum Geheimnisverrat ohne nachfolgende Verwertung des Geheimnisses möglich, nämlich als Anstiftung zum Verrat nach Abs. 1.

Die strafrechtlichen Folgen der Verletzung von Erfindungsgeheimnissen sind Gefängnis oder Buße[13]). Für Ausfällung und Vollzug sind die allgemeinen Bestimmungen der Art. 36, 37 und 48 ff. StrGB maßgebend. Die beiden Strafen können entweder alternativ oder kumulativ ausgesprochen werden[14]). Da eine Strafuntersuchung den Schaden unter Umständen noch vergrößern könnte, hat man es dem Gutdünken des Verletzten anheimgestellt, ob er eine solche veranlassen will und infolgedessen Art. 162 als Antragsdelikt ausgestaltet.

§ 20. Anderweitiger strafrechtlicher Schutz.

Abgesehen von Art. 162, der dem Erfindungsgeheimnis unmittelbaren Schutz verleiht, sind noch eine ganze Anzahl anderer Bestimmungen des Strafgesetzes zum mittelbaren Schutze des Erfinders geeignet, sei es, daß sie allein oder in Konkurrenz mit Art. 162 herangezogen werden. Der Patentanwalt z. B., dem der Erfinder zwecks Anmeldung seine Erfindung mitgeteilt hat, macht sich der Verletzung des Berufsgeheimnisses schuldig, wenn er das Geheimnis offenbart (Art. 321 StrGB), oder er kann bei Schädigung seines Klienten durch ungetreue Geschäftsführung gemäß Art. 159 StrGB bestraft werden. Die Erlangung des Erfindungsgeheimnisses kann mit einem Aneignungsdelikt, wie Diebstahl (Art. 137 StrGB), Veruntreuung (Art. 140 StrGB) oder Unterschlagung (Art. 141 StrGB) verbunden sein, sofern das Erfindungsgeheimnis in irgend einem Gegenstand verkörpert ist und der Täter denselben aus dem fremden Gewahrsam wegnimmt, bzw. durch rechtswidriges Behalten sich aneignet. Bereicherungsabsicht ist stets vorhanden, wenn der

---

[11]) Vgl. § 17 B I der Arbeit.
[12]) Art. 16 Lit. b des E.
[13]) Art. 162, Abs. 4 StrGB.
[14]) Art. 50, Abs. 2 StrGB.

Täter die Erfindung verwerten will. An dem durch strafbare Handlung erlangten Gegenstand kann das Delikt der Hehlerei (Art. 144 StrGB) begangen werden. Eignet sich der Täter nicht den das Geheimnis verkörpernden Gegenstand selbst an, sondern erstellt er sich durch Abzeichnen, Durchpausen, photographische Aufnahme und dergl. Verfahren lediglich ein Abbild oder eine Kopie davon, so macht er sich keines Aneignungsdeliktes schuldig, weil es an der Aneignung einer fremden beweglichen Sache fehlt.

Um sich zu dem Erfindungsgeheimnis Zutritt zu verschaffen, muß der Delinquent möglicherweise einen Hausfriedensbruch begehen, wobei er sich nach Art. 186 StrGB strafbar macht. Auch ein Angestellter des Erfinders, der in dem Betriebe nach Belieben ein- und ausgehen kann, begeht das Delikt, wenn er in einen abgeschlossenen Raum desselben eindringt.

Wer ohne Berechtigung eine verschlossene Schrift oder Sendung öffnet, verletzt das Schriftgeheimnis und wird nach Art. 179 StrGB bestraft.

Um ein Erfindungsgeheimnis zu erfahren oder zu verwerten, kann weiterhin ein Betrug gemäß Art. 148 StrGB begangen werden.

Nicht zuletzt sei auf den bedeutsamen Art. 273 StrGB hingewiesen, der den wirtschaftlichen Nachrichtendienst unter Strafe stellt. Dieser Artikel existierte noch nicht im Entwurf von 1918, sondern wurde erst anläßlich der Beratung durch die eidg. Räte in etwas erweiterter Fassung aus dem „Bundesbeschluß betr. den Schutz der Sicherheit der Eidgenossenschaft" vom 21. Juni 1935 (sog. Spitzelgesetz) in das Strafgesetz hinübergenommen. Er lautet:

„Wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis auskundschaftet, um es einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich zu machen,
wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich macht, wird mit Gefängnis, in schweren Fällen mit Zuchthaus bestraft. Mit der Freiheitsstrafe kann Buße verbunden werden."

Der Artikel lehnt sich in seinem Wortlaut an Art. 162 an. Sein Zweck ist aber vollständig verschieden. Er soll dem Staatsschutz, der Sicherheit der Eidgenossenschaft, dienen. Er richtet

sich gegen den „wirtschaftlichen Landesverrat“ [1]), gegen die „Wirtschaftsspionage“ [2]), wie das Delikt auch genannt wird. Abs. 1 betrifft die Auskundschaftung des Wirtschaftsgeheimnisses und korrespondiert insofern z. T. mit Abs. 3 des Art. 162. Im Gegensatz zu Art. 162, Abs. 3 ist aber mit diesem einen Akt der objektive Tatbestand erfüllt, eine Verwertung oder Mitteilung muß nicht erfolgt sein. Auch wird beim Auskundschaften nicht auf die Unerlaubtheit der Mittel abgestellt. Hingegen tritt als subjektives Erfordernis zum Vorsatz die verräterische Absicht zum Vorteil des Auslandes hinzu.

Abs. 2 des Artikels trifft den Verrat des Geheimnisses und entspricht, selbstverständlich unter Vorbehalt der Abweichungen bezüglich der Verratsadressaten, dem Abs. 1 des Art. 162.

Schließlich ist der Erfinder, der seine nicht patentierte Erfindung, die sich auf die Herstellung von Kriegsmaterial bezieht, als Fabrikationsgeheimnis veräußert, durch einen Strafsanktionen statuierenden Bundesratsbeschluß [3]) dagegen geschützt, daß Benutzungsrechte an derselben nicht ohne Bewilligung der zuständigen Amtsstelle ins Ausland übertragen werden. Der nämlichen Bewilligung bedarf die Ueberlassung von Unterlagen, wie Beschreibungen und Zeichnungen, betreffend die Herstellung von Kriegsmaterial, gleichgültig, ob sich diese Unterlagen im Zeitpunkt der Ueberlassung im Inland oder im Ausland befinden [4]). Der Bundesratsbeschluß richtet sich natürlich ebenso sehr gegen den Erfinder selbst, der sich dieses Vergehens schuldig macht und ist vorab im nationalen Interesse erlassen worden.

---

[1]) Hafter, bes. Teil, S. 395.

[2]) Komm. Thormann und Overbeck, II. Bd., zu Art. 273, Anm. 2.

[3]) B. R. B. betr. den Verkehr mit Erfindungen bezüglich Kriegsmaterial vom 30. August 1940, AS 1940, S. 1435.

[4]) Art. 1, Abs. 1 des Beschlusses.